دة. نورة غزلان الشنيوي
دكتوراه الدولة في العلوم القانونية
أستاذة التعليم العالي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة ابن زهر. أكادير

الوسيط في العقود الخاصة

العقود المدنية والتجارية والبنكية

على ضوء

المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية

في

القانون المدني وقانون الأعمال

الجزء الأول

الطبعة الأولى 1438هـ/2017م

المؤلف : الدكتورة نورة غزلان الشنيوي
عنوان الكتاب : الوسيط في العقود الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية في القانون المدني وقانون الأعمال. الجزء الأول
الطبعة : الطبعة الأولى (1438 هـ/ 2017)
المطبعة : مطبعة الأمنية. الرباط
رقم الإيداع القانوني : 2016MO4328
ردمك : 978-9954-38-731-3
التوزيع : رقم الهاتف: 0666264036

إن جميع المعلومات والآراء المعبر عنها في كل جزء من أجزاء هذا الكتاب، هي من حيث التصور الذي أعطي لها قراءة وتحليلا وتعليقا، وبالشكل الذي صيغت به، ومن حيث الخطة التي اعتمدت في تبويبها الفني، عبارة عن اجتهاد شخصي للمؤلفة.

تقديم

نستهل كلمة هذا الكتاب الجديد بشكرنا الخالص للقارئ الكريم الذي لطالما كان لنا نعم السند المعنوي من خلال قبوله واستحسانه لأعمالنا المتواضعة والذي نضع بين يديه اليوم النسخة الأولى تحت عنوان" الوسيط في العقود الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية في القانون المدني وقانون الأعمال".

وهو عبارة عن دراسة تتقاطع فيها ترسانة من القوانين الجديدة التي صدرت في إطار ما يمكننا تسميته بالثورة التشريعية لما بعد وضع الدستور، منها ما يتعلق بمنظومة القانون المدني كالقانون الصادر بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز والقانون المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية، والقانون المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني...

ومنها ما يخص منظومة قانون الأعمال من قبيل القانون المتعلق بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية والهيئات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتها، والقانون المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميل، والقانون الخاص بتسنيد الأصول، والقانون المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل، والقانون المتعلق بصفة القطب المالي للدار البيضاء، والقانون المتعلق بنظام المقاول الذاتي، والقانون المتعلق بمهنة المحاسب المعتمد وبإحداث المنظمة المهنية للمحاسبين المعتمدين، والقانون المتعلق بالتجارة الخارجية، والقانون المتعلق بتغيير مدونة التجارة ومن أحكام

Scanné avec CamScanner

خاصة بآجال الأداء، والقانون القاضي بتغيير وتتميم قانون شركات المساهمة، والقانون المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي، والقانون المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي، والقانون المتعلق بمجلس المنافسة، والقانون الخاص بحرية الأسعار والمنافسة، ومشروع قانون حول النظام الأساسي لبنك المغرب...

وبهذا يكون هذا المؤلف بمثابة الجزء الأول من الوسيط في العقود الخاصة المدنية والتجارية والبنكية، الذي يروم الإحاطة بها وفق منظور شمولي وتقنيات منهجية فنية تنكب بالأساس على تحيين المعارف القانونية، وعلى دراسة ما استجد من قوانين أو من عمل قضائي أو فقهي مع تعميق البحث فيها، ويؤسس لدراسات أخرى مستقبلة على شكل أجزاء متتالية.

ولا نخفي أن كتابنا هذا يعد ثمرة جهد متواصل امتدت لسنوات واكبنا من خلالها القوانين المدنية والتجارية وتتبعنا مختلف الإصلاحات التي أنجزها المشرع في سبيل تأهيل المعاملات المدنية وتحسين مناخ الأعمال وترسيخ مقومات الحكامة والأمن المالي...

وأملنا أن يساهم هذا المصنف العلمي في إغناء الخزانة القانونية وتعزيز إنتاج البحث العلمي، ومهما اجتهدنا وأبدعنا في اجتهادنا فسنظل دائما مؤمنين بحقيقة مطلقة وهي أنه ليس لأي امرئ، مهما أوتي من معرفة أن يدعي استئثاره بها أو إدراك كمالها أو منتهاها.

المؤلفة:
دة. نورة غزلان الشنيوي

مقدمة

يعتبر القانون المدني بدون منازع القانون الأساس الذي تفرعت عنه فروع القانون الخاص، والشريعة العامة التي يتم الرجوع إليها في حالة عدم وجود نص خاص في هذه الأخيرة، بل إنه يعد أيضا مصدرا بالنسبة لبعض الفروع من القانون العام.

ويعزى ذلك إلى كونه يشتمل على القواعد العامة التي تؤطر وتنظم المعاملات، والتي يتضمنها قانون الالتزامات والعقود، الذي ينقسم إلى كتابين، أحدهما يتعلق بالالتزامات بوجه عام، والآخر بالعقود المسماة وأشباه العقود التي ترتبط بها، تلك العقود التي مع مرور الزمن وتطور العصر تمدد نطاقها فضلا عن أن الممارسة أسفرت عن ظهور أنواع جديدة منها، الشيء الذي أدى إلى انفرادها بقواعد خاصة بها، إلى جانب خضوعها للقواعد المتعلقة بالالتزامات بوجه عام.

وبمفهوم آخر، فإن خصوصيات هذه العقود اقتضت وضع أحكام خاصة بكل واحد منها، إلى حد يمكن معه القول بأن أحكام العقود الرئيسية-من بيع وإيجار وغيرهما- صارت هي الأخرى تؤلف شريعة عامة- لو صح التعبير- بالنسبة للعقود المنبثقة عنها.

وللإشارة، فإن أغلب الفقه في فرنسا استقر على إطلاق تسمية "العقود الخاصة" أو "العقود الرئيسية" على هذا الفرع من القانون المدني الذي يحتضن العقود المذكورة، بينما يفضل جانب منه عبارة "القانون المختص بالعقود" أو "قانون العقود الخاصة".

أما في المغرب، فإن التسمية التي كانت متداولة في الدراسات الأكاديمية تماشيا مع قانون الالتزامات والعقود هي "العقود المسماة" الذي ما زال منذ 12 غشت 1913 -تاريخ وضعه- إلى يومنا هذا يحتفظ بها، وهي تعني في الواقع "العقود المنظمة"، لكن مؤخرا، بدأت تروج تسمية "العقود الخاصة".

Scanné avec CamScanner

والجدير بالذكر، أنه مثلما استقطبت العقود المدنية عناية المشرع اعتبارا لأهميتها- فتدخل بتنظيمها بين دفتي ظهير الالتزامات والعقود وكذا خارجه بموجب نصوص خاصة- فإن العقود التجارية حظيت هي الأخرى بنصيب وافر من هذا التدخل، حيث نظم مجموعة منها في إطار الكتاب الرابع من مدونة التجارة، وتعرض للبعض منها في الكتاب الثاني، كما عالج البعض الآخر بموجب نصوص خاصة.

علما أن إطلاق عبارة العقود التجارية على هذه العقود، لا يحول دون خضوعها للقواعد المنصوص عليها في القانون المدني في كل ما لم يرد بشأنه نص أو عرف تجاري خاص، وفي حدود اتفاقها مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري، ومع ذلك، وحتى في هذا الإطار تظل للعقود التجارية بما فيها البنكية، خصوصياتها التي تستدعي خضوعها لقواعد خاصة.

Scanné avec CamScanner

الباب الأول
العقود المدنية

في ذاكرة المغرب من الشمال إلى الجنوب، تعد سنة 1912 حدثا سيئا، إذ خلالها فرضت الحماية الفرنسية على جزء كبير من التراب المغربي عملا باتفاقية فاس المنعقدة بتاريخ 30 مارس 1912، وفي 27 نونبر من نفس السنة تم التوقيع على اتفاقية مدريد التي على إثرها خضع الشمال وأطراف من الجنوب للنفوذ الإسباني، أما سنة 1923-18 دجنبر منها- فتجسد تاريخ بسط نفوذ دولي على مدينة طنجة التي غدت بموجب اتفاقية باريس منطقة لتجمع الحمايات وتمركز الجنسيات.

وأيا كانت التسمية التي ينبغي أن تطلق على مثل هذا الغزو الأجنبي: "الاحتلال أو الاستعمار أو الحماية..."[1] وكيفما كانت هذه الأخيرة، أي سواء كانت فرنسية أو إسبانية أو دولية، فالمهم أنها غيرت تماما مجرى الحياة العامة بالمغرب، وانتقلت به- بعد أن كان يحتكم في تدبير شؤونه الدينية والدنيوية إلى نظام مستمد من مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام واجتهادات فقهها خاصة منه المالكي، وكذا من الأعراف والعادات المتأصلة لديه، والتي كانت تشكل مادة غنية وجزء مهما من تراثه الحضاري- إلى التطبيق القسري لحمولات الثقافة الأجنبية، وسنت له قوانين وسطرت له أنظمة -باسم الإصلاح في العديد من الميادين المنصوص عليها في تلك المعاهدات- أجنبية وغريبة عما ألفه.

وبتعبير آخر، فإنه في ظل هذا الوضع الذي أفرزته الحماية أصبحت تتحكم في ممارسة السلطة التشريعية اعتبارات جديدة، ذلك أن السلطات الفرنسية أقرت للمقيم العام- وهو ممثل الحكومة الفرنسية لدى السلطان المغربي- سلطة اقتراح والمصادقة ونشر القوانين، بينما

1- لأن دراستنا لا تنصب في جانب منها على إيراد المعنى اللغوي والاصطلاحي للكلمة، إدراكا منا بأن لمثل هذا النوع من العمل أدواته الخاصة.

Scanné avec CamScanner

احتفظت لهذا الأخير فيما يتعلق بالاختصاص التشريعي بختم الظهائر بطابعه الشريف.

وسعت السلطات الإسبانية جاهدة إلى جعل الخليفة السلطاني بمدينة تطوان يتمتع بشخصية مستقلة ويتبوأ بالتالي نفس المكانة التي للسلطان الشريف بمدينة الرباط، والذي كان في الواقع صاحب المشروعية التاريخية في سائر أنحاء التراب المغربي[2].

وبالنسبة لمنطقة طنجة، قضت اتفاقية باريس[3] بتعيين السلطان لمندوب عنه يمثله فيها وتكون له سلطة إصدار النصوص التشريعية والتي كان يتوقف خروجها إلى الوجود على التصويت عليها من طرف الجمعية التشريعية الدولية والتأشير من لدن لجنة المراقبة[4].

2- وهي اعتبارات كانت تتنافى مع التقاليد التي ترسخت في مجال العمل التشريعي في فترة ما قبل الحماية، والتي نذكر منها الدور المركزي الذي كان يلعبه أهل العلم والفقه من خلال مشاركتهم الفعالة في التشريع عن طريق الفتوى وتقديم المشورة للسلطان، وفي الدور الذي كان يقوم به هذا الأخير عبر إصداره الظهائر الشريفة والرسائل المخزنية المحتوية على قواعد أو تدابير ذات صبغة تشريعية.
أنظر في هذا المعنى:
- عبدالإله فونتير، العمل التشريعي بالمغرب : أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية. دراسة تأصيلية وتطبيقية. الجزء الأول: الأصول التاريخية للعمل التشريعي. سلسلة دراسات وأبحاث جامعية. العدد2.الطبعة الأولى. سنة 2002. الصفحات 136 و 137 و من 142 إلى 144.
محمد أشركي، الظهير الشريف في القانون العام المغربي. الطبعة الأولى. سنة 1983. الصفحات: 35 و 38 و 39.
3- في المادة 29 منها.
4- محمد معتصم، التطور التقليداني للقانون الدستوري. أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام. ص63 وهامشها. السنة الجامعية: 1988. جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.
- عبد الإله فونتير، مرجع سابق، ص 144.

Scanné avec CamScanner

وإذا كانت سلطات الحماية، لاسيما الفرنسية منها، قد احتكرت مسألة إعداد واقتراح القوانين بخصوص الموضوعات المدرجة في مخططها الإصلاحي، وتركت للسلطان حق ممارسة صلاحياته التقليدية في المجالات الدينية والإدارية تحت مراقبتها المستمرة[5] فإن من بين ما يمكن تسجيله لها، كونها خلفت على الساحة الوطنية أحداثا مكثفة حملت معها فيضا من المتغيرات العميقة، لعل من أبرزها على مستوى التشريع[6] تلك الموجات المتلاحقة من الظهائر، أو ما يعرف في أدبيات الفقه القانوني "بالمدونات القانونية الكبرى" التي صدرت كلها بتاريخ 12 غشت 1913، كظهير الالتزامات والعقود[7] وظهير التنظيم القضائي

5- عبد الإله فونتير، مرجع سابق، ص 160.
لا تفوتنا الإيماءة في هذا المضمار إلى أنه "باسم احترام سلطات الحماية لصلاحيات السلطان الدينية والتقاليد السلطانية المغربية، استمر في إمامته لصلاة الأعياد الدينية وتوجيه التعليمات الدينية إلى الأمة، كما ظل ضرب السكة باسمه واحتفظ بمهمة تعيين موظفي الجهاز التنفيذي، وتفويض القضاء، كما اعترفت بتولية وارث العرش من قبل العلماء والفقهاء والأعيان بوصفهم أهل الحل والعقد... وهذا وجه لاستمرارية الإرث المغربي- بعيدا عن خلفياتها وأهدافها من الإبقاء عليه- أما عناصر التغيير فمتعددة ومتنوعة، منها تأسيس جهاز إداري حديث- فضلا عن أجهزة مخزنية مركزية تم إصلاحها لتضم فقط الصدر الأعظم ووزراء المالية والحرب والعدل- يمارس السلطة الفعلية مع ما تقتضيه من مراقبة".
- محمد معتصم، التطور التقليداني للقانون الدستوري المغربي، نفس المرجع السابق، الصفحات: 60 و 62 و 64 و67 و70 و72.
6- لقد اقتصرنا على الإشارة فقط إلى التشريع نظرا لكونه يشكل المادة المهمة التي ظلت آثار الحماية عالقة بها حتى بعد أن أحرز المغرب على استقلاله السياسي.
7- ساد إبان عهد الحماية وما بعده إلى غاية سنة 1965 مبدأ قوامه أن قانون الالتزامات والعقود ينظم العلاقات التي تنشأ بين الفرنسيين والأجانب في مجال الالتزامات، وأن المحاكم الفرنسية أو العصرية هي المختصة بتطبيقه، ومع ذلك كانت ثمة حالات يسري فيها قانون الالتزامات والعقود على المغاربة، كما في النزاعات المتعلقة بالعقارات المحفظة أو بالمعاملات المدنية أو التجارية والتي يكون فيها لأحد الأطراف عنصرا أجنبيا. أي أنه كلما دخل المغاربة في نزاعات من

Scanné avec CamScanner

والظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب وظهير التحفيظ العقاري[8] والقانون التجاري، وقانون المسطرة المدنية، وقانون المسطرة الجنائية، وغيره، وذلك بإيعاز من المقيم العام الذي عمل على أن تخرج القوانين المذكورة إلى حيز الوجود بكيفية استعجالية فجاءت شبيهة إلى حد ما ببعض القوانين الأوربية -كالقانون الإيطالي والسويسري والألماني- ونسخة من القانون الفرنسي، باستثناء قانون المسطرة المدنية والقانون العقاري، نظرا لتميزهما في العديد من النواحي عن نظيريهما في فرنسا[9].

هذا القبيل مع فرنسيين أو أجانب، استتبع ذلك انعقاد الاختصاص للقضاء الفرنسي دون الشرعي أو المخزني، وبالتالي تطبيق قانون الالتزامات والعقود على المغاربة بصفة استثنائية.

- محمد الكشبور، مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ. المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية. العدد 7. سنة 1984. ص 54 وص 55. عدد خاص بالأيام الدراسية حول موضوع: قانون الالتزامات والمجتمع بعد مضي سبعين سنة. 20-21 أبريل 1984. الدار البيضاء.

- محمد جلال السعيد، مدخل لدراسة القانون. طبعة سنة 1993. ص240 وهامشها.

8- إذا كانت سلطات الحماية الفرنسية قد طبعت الميدان القانوني، فإن تدخلها في نظام العقارات ببلادنا جد واضح، ذلك أن العقارات المحفظة كان يحكمها ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري، وظهير 2 يونيو 1915، بخصوص التشريع الواجب التطبيق على العقارات المحفظة، أما العقارات غير المحفظة فظلت تابعة للأحكام المقررة في فقه المذهب المالكي.

والجدير بالذكر، أن قواعد هذا الأخير لم تستبعد بالمرة من التطبيق على الفرنسيين والأجانب، إذ كانت تسري عليهم كلما تعلق النزاع بعقار غير محفظ، بل حتى ولو كان العقار محفظا في حالة ما إذا أحال التشريع العقاري على الفقه الإسلامي، أو انعدم النص الواجب التطبيق فيه أو في قانون الالتزامات والعقود.

- محمد الكشبور، مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ. نفس المرجع السابق، ص 49 وص 55.

9- محمد جلال السعيد، مرجع سابق، ص 237 وص 238.

- حماد العراقي، القضاء المغربي بين الأمس واليوم. الطبعة الأولى. سنة 1975. ص 23.

Scanné avec CamScanner

فهذه القوانين التي شكلت بداية مد تشريعي جديد- استمر حتى بعد حصول المغرب على استقلاله السياسي، كانت في الواقع معدة للتطبيق أمام المحاكم الفرنسية[10] ومبدئيا على الأشخاص الخاضعين لولايتها. وإلى يومنا هذا ما زالت آثار التبعية حاضرة في البعض منها -بدرجات متفاوتة -على الرغم من مساعي المشرع الرامية إلى الإصلاح والتغيير.

وليس ضربا من المبالغة، القول إن هذه الملاحظة تصدق أكثر بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود، ذلك القانون الذي جاء مقتبسا من مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1906، ومتضمنا بعض الحلول التي يقضي بها الفقه الإسلامي، ووفيا لمدونة نابليون الصادرة في 21 مارس 1804 وكذا لأسلوب الصياغة القانونية المتبع في التشريعات الرومانية- الجرمانية[11] والذي منذ سنة 1913 لم تطله تعديلات جوهرية من شأنها أن تعيد صناعته وصياغته وفق المقومات الوطنية والمعايير الدولية.

- موسى عبود ومحمد السماحي، المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي وفق تعديلات سنة 1993. طبعة سنة 1994. ص 48.

10 – تعتبر المحاكم الفرنسية- المحدثة بمنطقة الحماية الفرنسية بمقتضى الظهير المؤرخ في 12 غشت 1913 الذي تم تأكيده بمرسوم فرنسي صدر في 7 شتنبر من نفس السنة- جهازا قضائيا ابتدعته سلطات الحماية الفرنسية قصد تأمين الحماية لحقوق ومصالح رعاياها والأجانب بالمغرب.

راجع بخصوص هذه المحاكم:

- نورة غزلان، تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب. أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص. من ص 97 إلى 100. السنة الجامعية: 2004-2005. جامعة الحسن الثاني. المحمدية. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. المحمدية.

11- لأخذ فكرة عامة عن أصول قانون الالتزامات والعقود، انظر:

- أحمد ادريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود: بحث في الأصول الفقهية والتاريخية. الطبعة الأولى. سنة 1996.

- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات: الكتاب الأول: نظرية الالتزامات والعقود المغربي. الطبعة الثانية. سنة 2005. ص 3 وص 5.

Scanné avec CamScanner

وفي الإجمال، فإنه لا يمكن غض الطرف عن المشاكل التي تمخضت عن نفوذ مرجعية أجنبية إلى بلد، كان له منذ قرون خلت نظامه الخاص الذي يحكم سائر شؤونه، نستحضر منها على سبيل المثال، ما يتعلق بتشريع وضع لبلد إسلامي[12] ألا وهو قانون الالتزامات والعقود الذي أثار على مستوى الممارسة إشكالية أسلمته، لأول مرة بمناسبة إعداده وكذا عند تطبيقه في ظل قانون التوحيد والمغربة والتعريب المؤرخ في 26 يناير 1965[13] بل وبعد ذلك أيضا[14] ومدى إمكانية سريان مقتضياته على العقار غير المحفظ[15] واتساع نطاق بعض العقود المسماة – في ضوء التطورات التي يعرفها حقل المعاملات- مع جمود النصوص الخاصة بها، وبقاء معظمها على حالته[16] وغموض الفصل 54 الذي يقضي بأن "أسباب الإبطال المبنية على حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة[17]" والذي أدى إلى

---

12 – محمد شيلح، أصول قانون الالتزامات والعقود من زاوية واضعه وموضوعه: محاولة قراءة في قانون الالتزامات والعقود من خلال سيرته. مجلة القانون والاقتصاد. العدد 5. سنة 1989. من ص51 إلى ص89.

13- الذي صدر الأمر بتنفيذه في 26 يناير 1965 ونشر بالجريدة الرسمية عدد 2727 بتاريخ 3 فبراير 1965. ص 208. وتلاه بسنتين المرسوم الملكي المؤرخ في 3 يوليوز 1967 الذي عدل مقتضياته.

14 – أحمد ادريوش، الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود كموضوع للبحوث والدراسات. الكتاب رقم 4. الطبعة الأولى سنة 1996. ص 23 وما بعدها.

15 – محمد الكشبور، مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ، مرجع سابق، من ص 41 إلى ص 72.

16 – محمد جلال السعيد، اتساع مجال بعض العقود المسماة وجمود النصوص القانونية المنظمة لها. المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن. العدد 18 سنة 1992. عدد خاص باليوم الدراسي لتكريم الأستاذ نور الدين الجزولي في موضوع: "العقود بين النص القانوني والاجتهاد القضائي" في 14 دجنبر 1990. ص71 وما بعدها.

17- يقابل الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، الفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية- الصادرة بناء على الأمر المؤرخ في 15 دجنبر 1906 المنشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 دجنبر 1906، والتي

Scanné avec CamScanner

تضارب الرأي لدى رجال الفقه القانوني حول تحديد طبيعة حالة المرض والحالات الأخرى المشابهة[18] وجعل القضاء يتخبط في إيجاد الحل المناسب للمسألة[19].

هذا، بالإضافة إلى عدم تنظيم بعض النظريات -بالنص الصريح- رغم ما شهدته ساحة المعاملات- وعلى وجه التحديد العلاقات التعاقدية[20]- من تحولات، كما هو الأمر مثلا بالنسبة لنظرية الظروف

جرى العمل بأحكامها ووقع تطبيقها في المحاكم التونسية منذ 1907- وهما يجدان أصلهما الحقيقي في الفصل 64 من المشروع التمهيدي الذي أعده المستشرق الإيطالي "سانتيانا" للمجلة المدنية والتجارية التونسية.
أنظر في هذا الصدد:
- محمد شيلح، في مشاكل الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي من حيث تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وشروط الإبطال المبنية عليها من خلال التعليق على القرار رقم 1625 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 يونيو 1988. مجلة القانون والاقتصاد. العدد 7 سنة 1991. عدد خاص بالدراسات القانونية والسياسية. ص 119 وهامش ص120.

18 - محمد شيلح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص. سنة 1983. ص156 وما بعدها. جامعة محمد الخامس. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الرباط.
-Mohammed Azzedine Bensghir : L'article 54 Du D.O.C Un Article In Appliqué : Pourquoi ? In, Revue Marocaine De Droit Et D'economie De Developpement. N°7. 1984. P 222 A 248.

19- من بين قرارات المجلس الأعلى في الموضوع:
- القرار الصادر في الملف المدني عدد 134. 87 بتاريخ 4 أبريل 1990. المنشور بمجلة الإشعاع العدد 11. سنة 1994 من ص 139 إلى ص 140.
- القرار رقم 1625 الصادر في الملف المدني عدد 86.1682 بتاريخ 13 يونيو 1988. المنشور بمجلة القضاء والقانون. العدد 139. السنة 26. دجنبر 1988. من ص 101 إلى ص 105.

20 Omar Azziman : Droit Civil: Droit Des Obligations. -Volume I. Le Contrat- 1995-. P135 Et S.

الطارئة، التي اقتصر المشرع المغربي على تبني بعض تطبيقاتها، شأنه في ذلك شأن نظيره الفرنسي [21] أما القضاء المدني سواء في فرنسا أو في المغرب، فبقي متمسكا مبدئيا بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين [22] ولو تغيرت الظروف التي أبرم في ظلها هذا الأخير.

21- مع العلم أن مجلة الالتزامات والعقود التونسية نصت عليها في الفصل 282 كما تولاها بالتنظيم على صعيد التشريعات العربية الحديثة، القانون المدني المصري لسنة 1948 في الفصل 147 والتشريعات التي حذت حذوه.

22 - لما امتدت جذور مبدأ سلطان الإرادة وتأصلت ركائزه، اتجهت معظم التشريعات الحديثة إلى النص عليه في صلب قوانينها، وفي طليعتها قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي صاغ القاعدة المنبثقة عنه في الفصل 230 بقوله: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

ولما كان العقد شريعة المتعاقدين وقانونهما الذي لا يمكن مبدئيا التحرر منه بإرادة منفردة طالما أنه تم على وجه صحيح غير مخالف للنظام العام والآداب، فإنه لا يلزمهما بما صرحا به فيه فحسب، ولكن أيضا بجميع ملحقاته التي يقررها القانون والعرف والعدالة وفقا لطبيعة كل التزام على حدة، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فهو يوجب عليهما أن ينفذاته بحسن نية أي وفق ما تقتضيه النزاهة والاستقامة في التعامل، وما يتطلبه التعاون المتبادل فيما بينهما، وهو ما ذكره المشرع في الفصل 231 قائلا : "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته".

ويتجسد الجانب الآخر المكمل لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين في أنه لا يصح للقاضي كأصل عام أن يغير شروط العقد ما دامت لا تصطدم مع مقتضيات النظام العام والآداب.

للمزيد من التفصيل بخصوص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أنظر:

- نورة غزلان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية. الموسم الجامعي: 1994-1995. من ص397 إلى ص404. جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.

Scanné avec CamScanner

كذلك، فإن التشريع المغربي، لم يبلغ ما بلغه التشريع المصري في حمايته للطرف المذعن، حيث صاغ نظرية متكاملة لتفسير عقود الإذعان، حدد فيها نطاق سلطة القاضي وذلك في إطار المادة 149 من القانون المدني الجديد[23].

وخلافا للتشريعات الحديثة التي خولت للقاضي سلطة تعديل التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي منذ سنوات مضت، فإن المشرع المغربي لم يسلك هذا النهج إلا بصفة متأخرة - مقارنة مثلا مع نظيره الفرنسي الذي شهد تطورا عميقا في هذا الصدد من خلال التعديل الطارئ سنة 1975 على المادتين 1152 و 1231 من القانون المدني[24] - وذلك عندما قام بتعديل وتتميم الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود، مع العلم أن الاجتهاد القضائي كان يسلك اتجاها كلاسيكيا قوامه عدم جواز تعديل الشرط الجزائي ولو وجد في تقديره شططا، إلى غاية سنة 1991، إذ طالعنا المجلس الأعلى بقراره المؤرخ في 10 أبريل 1991 الذي أحدث تحولا بشأن أحكام الشرط الجزائي[25]، مخالفا ما كان

23 - تنص المادة المشار إليها أعلاه على أنه:
"إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

24- -Gilles Paisant : Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative a la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) p 647 a 687. in, revue trimestrielle de Droit civil n°4 octobre 1985.

25 - والشرط الجزائي، اتفاق على تقدير التعويض الذي يستحق عند إخلال المدين بالالتزام العقدي، وهو يختلف عن الغرامة التهديدية التي تقوم على الحكم على المدين بأداء مبالغ مالية متتالية بهدف حمله على تنفيذ التزامه بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل، أي أنها وسيلة إكراه مالية تقضي بها المحكمة عن كل مدة تأخير قد تكون يوما أو أسبوعا أو شهرا، وعن الغرامة المدنية التي هي عبارة عن جزاءات تقررها في العادة إما نصوص قانونية أو نظم داخلية لبعض المؤسسات العامة أو الخاصة، وبالتالي تكتسي طبيعة عقابية أو تأديبية محضة لا تنطوي على أية صفة تعويضية، على عكس الشرط الجزائي الذي يجد سنده في العقد، إذ يعتبر تقديرا اتفاقيا مسبقا للتعويض، وبذلك تظل وظيفته الأساسية هي

Scanné avec CamScanner

قد استقر من اجتهاد سابق[26] غير أن التعديل الجوهري هو ما جاء به القانون رقم 27.95 بالنسبة للفصل 264 الذي أضيفت إليه مقتضيات جديدة، تتمثل في إعطاء الحق للمتعاقدين في الاتفاق على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من عدم الوفاء بالالتزام الأصلي أو التأخير في تنفيذه، وتخويل المحكمة سلطة تخفيضه متى كان مبالغا فيه أو في حالة التنفيذ الجزئي، وذلك بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جرائه، أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، تحت طائلة البطلان.

ثم إنه ظل متمسكا بمبدأ حرية التعاقد المقرر في الفصل 230 ولم يفرد نصا صريحا للشروط التعسفية[27] على غرار المشرع الفرنسي[28] وإن كان قد سد هذه الثغرة في القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، من خلال تخصيص قسم لها.

التعويض، كما يختلف أيضا عن شرط تحديد المسؤولية، الذي هو اتفاق بين المتعاقدين على حد أقصى للتعويض لا يمكن تجاوزه مهما كانت جسامة الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي.

26 – أنظر قرار المجلس الأعلى الصادر في 10 أبريل 1991 تحت رقم 977 في الملف المدني عدد 85.3374.

27 – عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد. ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل إنشاء الشروط التعسفية. دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوربية مع إشارة إلى القوانين الأنجلو-أمريكية. طبعة سنة 1990. 1991.

28– راجع مثلا الفصل 35 من قانون 10 يناير 1978 الفرنسي، الذي يتضمن نظاما لحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، والقانون المؤرخ في 5 يناير 1988 الذي أعطى للقضاء المدني دورا في إلغاء الشروط التعسفية، وكذا المرسوم الصادر في 10 مارس 1993 المتعلق بلجنة الشروط التعسفية.

voir à ce propos également :
-Denis Mazeaud : le juge face aux clauses abusives. in. le juge et l'execution du contrat . colloque ida aix-en provence. 28 mai 1993. avant propos de jacques mestre. p 28. 30. 36.

Scanné avec CamScanner

وربما أكبر عيب يشوب التشريع المغربي وفي مقدمتــه ظهيــر الالتزامات والعقود هو ازدواجية اللغة[29] ذلــك أن معظــم النصــوص وضعت باللغة الفرنسية أثناء فترة الحماية، ثم ترجمت بعدئذ إلى اللغــة العربية، مما آل إلى ميلاد إشكالية الترجيح بين النص الفرنسي والنص المترجم إلى اللغة العربية، لاسيما في حالة التعارض بينهما[30].

وعلى العموم، فإن المغرب ورث عن الحماية تركة لا توائم بيئته، ومن المشاهد المثيرة التي يمكن أن ترتسم أمام الباحــث فــي الواقــع التشريعي خلالها، تعدد القوانين واختلافها بفعل الخطة التجزيئية التــي سلكتها، والتي أدت إلى تمزيق الخريطة السياسية للمغرب.
لذا، كان على المسؤولين المغاربة في فجر الاستقلال مضاعفة الجهــود للخوض في غمار آخر لا يقل شأنا عن الكفاح السياسي، قوامه العمــل على تطهير البلاد من مخلفاتها وإقامة ثوابت ومرتكزات السيادة الوطنية في سائر الميادين.

وإذا كان من المتعذر في هذا النطاق من الدراســة رصــد كافــة المنجزات التي تحققت تدريجيا خصوصا في مجال التشريع منــذ ذلــك الحين إلى يومنا هذا، فإنه يمكن على الأقل إعطاء فكرة مقتضبة عــن البعض منها.

---

29 – محمد الكشبور، ازدواجية لغة النص التشريعي وأثرها على القضــاء. مجلــة القانون والاقتصاد. العدد6 سنة 1990. عدد خاص بأعمال النــدوة الوطنيــة التــي نظمتها كلية الحقوق بفاس، يومي 24 و25 نونبر 1989. في موضــوع: "القضــاء بالمغرب: واقع وآفاق". من ص307 إلى ص 344 . جامعة سيدي محمد بن عبدالله. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. فاس.
30– بلعيد كرومي، سلطة القاضي في تفسير النصــوص الشــرعية والوضــعية. أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص. السنة الجامعيــة: 1990–1991. من ص 362 إلى ص 366. جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.

وفي هذا السياق، نشير إلى أنه عقب الاستقلال مباشرة، انصرفت إرادة هؤلاء إلى إيلاء اهتماماتهم لإحياء الفقه الإسلامي وسن تشريعات يقتضيها العهد الجديد، وقد ساروا في هذا الاتجاه يحذوهم هدف الابتعاد ما أمكن عن التعلق بأهذاب التبعية وإرساء دعائم الهوية والخصوصية المغربية على مختلف الأصعدة.

وهكذا تم تأسيس لجنة لتدوين أحكام الفقه الإسلامي[31] إلا أنه لم ير النور من أعمالها سوى مشروع حول الزواج وانحلال ميثاقه دون قانون الأموال، الذي هيأت منه الكتاب الأول ورفعته إلى وزارة العدل المنشأة آنذاك ضمن تشكيلة أول حكومة مغربية، الشيء الذي كان سببا في توقيف عملية التدوين في الميادين الأخرى[32].

ولما صدر قانون التوحيد والمغربة والتعريب في 26 يناير 1965[33] الذي نص في الفقرة الأولى من الفصل الثالث[34] على أن "النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حاليا، تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في

31- تطبيقا للظهير الشريف رقم 1.57.190 الصادر بتاريخ 19 غشت 1957.

32- أنظر في هذا الصدد:

- حماد العراقي، مرجع سابق، الصفحات: 63 و 65 و 66.

33 - يمكن اعتبار قانون التوحيد والمغربة والتعريب إلى-حد ما- ذلك الإصلاح الذي جاء بمقتضيات لا مجال للشك في أهميتها كحمولة إصلاحية، غايتها إزالة تعدد القضاء وبالتالي إلغاء معايير الاختصاص النوعي المرتكزة على الجنسية أو الديانة، ثم مغربة الأطر التي تسهر عل توفير وتحقيق العدالة في المجتمع، إلى جانب تعريب اللغة القضائية.

لأخذ فكرة عامة عن قانون 26 يناير 1965، أنظر:

- نورة غزلان، تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب، مرجع سابق من ص 178 إلى ص 195.

34 - أنظر بخصوص قراءة الفقه وتأويل القضاء للفقرة 1 من الفصل 3 من قانون التوحيد والمغربة والتعريب:

- نورة غزلان، تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب، مرجع سابق من ص 186 إلى ص 191.

Scanné avec CamScanner

الفصل الأول" كان من المفترض ألا توضع تلك القوانين التي كانت سارية أمام المحاكم العصرية -الفرنسية- موضع التنفيذ لدى المحاكم الموحدة، ما لم تراجع، غير أن هذا المنطق لم يحترم إلى حد بدا معه وكأن التشريع العصري بمنطقة الحماية الفرنسية سابقا هو الذي وقع تمديده إلى سائر أرجاء التراب الوطني[35].

ومن زاوية أخرى، انكبت السلطات المعنية على جعل قوانين البلاد ومنها قانون الالتزامات والعقود منسجمة مع واقعها ومواكبة لمستجدات العصر، من ذلك التعديل الجوهري الذي أدخل بالقانون رقم 27.95[36] على الفصل 264 المتعلق بالشرط الجزائي[37] وفق ما تمت الإشارة إليه سابقا.

35- أنظر نفس المرجع الوارد في الهامش السابق ، ص 67 و ص 77.
-Jean -Paul Razon : les Institutions Judiciaires Et la Procédure civile Du Maroc Avec la collaboration de Mohammed Hassen .1ère édition 1988 . Page 12.

36- الظهير الشريف رقم 1.95.157 الصادر في 11 غشت 1995 بتنفيذ القانون رقم 27.95 المتمم بموجبه قانون الالتزامات والعقود المتعلق بالشرط الجزائي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 6 شتنبر1995. ص 2443.
ومما تجدر ملاحظته، أنه في 11 غشت 1995 صدر أيضا الظهير الشريف رقم 1.95.153 بتنفيذ القانون رقم 25.95 الذي ألغي بموجبه الفصل 726 الذي كان ينص على عدم جواز تأجير المرأة المتزوجة خدماتها للرضاعة أو غيرها إلا بإذن زوجها. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 6 شتنبر 1995. ص 4323.

37- ينص الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بالقانون رقم 27.95 على ما يلي:
"الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام. وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه.
يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي تلحق الدائن لكن جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه.

Scanné avec CamScanner

وعملا بالظهير الشريف رقم 1.02.309 الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ قانون رقم 44.00[38] تمم الباب الثالث من القسم الأول من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود بعنوان: بعض الأنواع الخاصة من البيوع، بالفرع الرابع الذي أدرج فيه "بيع العقارات في طور الإنجاز"[39].

وسيرا على نفس النهج، أصدر المشرع الظهير الشريف رقم 1.03.202 المؤرخ في 11 نونبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 51.00 المتعلق "بالإيجار المفضي إلى تملك العقار"[40].

وعلى إثر التطور الهائل للتكنولوجيات الجديدة، انتشرت وسائل الاتصال عن بعد[41] وشاع التعامل والتبادل بواسطة الوسائل الإلكترونية

يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك".

38- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002 ص 3183.

39- راجع الفصول من 1-618 إلى 20-618 من قانون الالتزامات والعقود المتمم بالقانون رقم 44.00.

ويعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز حسب الفصل 1-618 من القانون رقم 44.00: " كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد.

كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال.

يحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال".

40- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ 25 دجنبر 2003 ص 4375-4377.

والإيجار المفضي إلى تملك العقار -كما تنص على ذلك المادة 2 من القانون رقم 51.00- هو: "كل عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاه تجاه المكتري المتملك بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة الثامنة من القانون رقم 51.00 وذلك إلى حلول تاريخ حق الخيار".

راجع المواد من 1 إلى 23 من هذا القانون.

Scanné avec CamScanner

كما ظهرت شبكة الأنترنت كأحدث هذه الوسائل واكتسحت معظم المجالات منها المجال التعاقدي، حيث برز نوع من العقود هو"العقود المبرمة بشكل إلكتروني أو الموجهة بطريقة إلكترونية" كشكل جديد من أشكال التعاقد عن بعد، الذي طرح تحديات حقيقية بالنسبة للبنية القانونية التقليدية التي يتم في إطارها التعبير عن الإرادة، وكذا على مستوى القيمة القانونية لكل من الدليل المعد بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، والتوقيع، وكذا على مستوى آليات الأداء التقنية وما إليها من التحديات.

ورغبة منه في تأهيل وتحديث منظومته القانونية، سن المشرع قانونا حول "التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية" بموجب الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 53.05[42] الذي يعد من أهم المستجدات التي طرأت على قانون

41 - يعرف التوجيه الأوربي حول حماية المستهلك رقم 7 لسنة 1997 الصادر في 20 ماي 1997 وسائل الاتصال عن بعد بأنها:
" كل وسيلة يمكن استعمالها دون الحضور المادي والمتزامن للمورد والمستهلك لإنشاء عقد بين هذين الطرفين".
وتعرف الفقرة 1 من المادة 25 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك تقنية الاتصال عن بعد بأنها:
"كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد المستهلك بدون حضورهما شخصيا في آن واحد".
42- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007 ،ص 3879-3888.
الذي تلاه سنة 2009 الظهير الشريف رقم 1.09.05 الصادر في 18 فبراير 2009 بتنفيذ القانون رقم 09.08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي-المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009، ص 552- والذي نص في المادة 1 منه على أن:
"المعلوميات في خدمة المواطن وتتطور في إطار التعاون الدولي ويجب ألا تمس بالهوية والحقوق والحريات الجماعية أو الفردية للإنسان، وينبغي ألا تكون أداة لإفشاء أسرار الحياة الخاصة للمواطنين.
يراد بما يلي لأجل تطبيق هذا القانون:

Scanné avec CamScanner

الالتزامات والعقود في السنوات الأخيرة، لاسيما على الكتاب الأول منه المتعلق بالالتزامات بوجه عام[43] الذي تناول طيه "العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية"[44] - وهي عبارة أحسن المشرع المغربي صياغتها في نظرنا، لأن هذا النوع من العقود يخضع مبدئيا للقواعد المقررة في قانون الالتزامات والعقود، إلا ما استثني بنص[45]-

---

1- معطيات ذات طابع شخصي: كل معلومات كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها بما في ذلك الصوت والصورة والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بعده بالشخص المعني".

43 - إذ بعد الإضافة التي أدخلها على الفصل الثاني من الباب الأول من القسم الأول من هذا الكتاب، أفرد الباب الأول المكرر -أي الفصول من 1-65 إلى 7-65 للعقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، ناهيك عن التعديل والتتميم والإضافة التي طالت مجموعة من الفصول في إطار القسم السابع من نفس الكتاب تحت عنوان: "إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها". وتتمثل تلك الفصول في: الفصل 417. و 1-417 و 2-417 و 3-417 و 425 و 426 و 440 و 443. دون أن ننسى طبعا المقتضيات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني المؤمن والمصادقة على التوقيع الإلكتروني، التي تناولها في المواد من 6 إلى 11 ومن 15 إلى 28 من القانون رقم 53.05.

44- والجدير بالملاحظة، أن المشرع المغربي لم يعرف العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، على عكس عدد من نظرائه، كما فعل المشرع الأردني في المادة 2 من قانونه المتعلق بالمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001. ذاهبا إلى أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا".

كما أن التوجيه الأوربي الصادر تحت رقم 7 سنة 1997 كان قد عرف التعاقد عن بعد في المادة 2 منه بقوله:

"هو عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد".

-Directive 97/7 CE Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 20 Mai 1997 Concernant La Protection Du Consommateur En Matière Du Contrats A Distance. J.O N° L1 Du 04/06/1997. P 19-27.

45 - في هذا المعنى ينص الفصل 1-65 على أنه:

الذي يعتبر من أحدث صور التعاقد على الإطلاق، حيث تستخدم فيه وسائل إلكترونية وتراعى فيه الشروط التعاقدية الخاصة المتطلبة قانونا لإبرامه وصحته، بل وإثباته وتوقيعه[46] أي أن ما يميزه هو أنه يتم باستخدام نقل بيانات التعاقد في إطار فضاء إلكتروني من خلال شبكة من شبكات المعلومات والاتصالات.

وقد أثرت الثورة الرقمية في نظرية العقد في القانون المدني نظرا لأن المبادئ الكلاسيكية والقواعد التقليدية أصبحت غير قادرة على مواكبة التطورات التقنية مما دعا التشريعات إلى إيجاد بيئة قانونية لتنظيم المعاملات التي تتم إلكترونيا.

ومسايرة للتشريعات الحديثة التي أصبحت تنظر إلى موضوع التعاقد بشكل يختلف عن القانون المدني التقليدي، وذلك من حيث الاهتمام أكثر بمضمون الإيجاب نفسه وعناصره وطرق إعلانه والحرص على رضا المستهلك، وعلى تبصيره وحمايته من إغراءات المهنيين أصحاب العروض - أي مقدمي السلع أو الخدمات أو غيرها- من خلال العديد من المقتضيات التي تكتسي أحيانا صبغة آمرة، بادر

"مع مراعاة أحكام هذا الباب، تخضع صحة العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، لأحكام الباب الأول من هذا القسم" وهو القسم الأول من الكتاب الأول تحت عنوان: "مصادر الالتزامات بوجه عام".

كما يفيد الفصل 2-65 بأنه:

"لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 أعلاه على هذا الباب" وهي فصول تندرج تحت الفرع المتعلق بالتعبير عن الإرادة، وعلى وجه التحديد ما يرتبط بالإيجاب والقبول.

46- في هذا الصدد، ينص المشرع في الفقرتين 1 و 2 من الفصل 3-65 الذي أضيف بموجب القانون رقم 53.05 على ما يلي:

"يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود.

يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد، أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة المذكورة".

المشرع المغربي إلى وضع صياغة جديدة لحماية المستهلك، تواثم -إلى حد ما- التشريعات المقارنة والقوانين النموذجية الدولية، تضمنها الظهير الشريف رقم 1.11.03 الصادر في 18 فبراير 2011 بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي "بتحديد تدابير لحماية المستهلك"[47] الذي ليس في الواقع إلا تتويجا لترسانة قانونية ذات صلة بالموضوع، وهي عبارة عن نصوص متفرقة في قانون الالتزامات والعقود، ومدونة التجارة ونصوص أخرى تشريعية وتنظيمية خاصة، والتي يعتبر البعض منها خطوة نحو إحياء مؤسسة إسلامية تضرب بجذورها في عمق التاريخ كإحدى الولايات الدينية[48] ألا وهي الحسبة المنظمة بموجب الظهير

47- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 17 أبريل 2011. ص 1072.
وصدر المرسوم رقم 2.12.462 في 14 نونبر 2012 بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6107 بتاريخ 10 دجنبر 2012. ص 6279.
كما صدر المرسوم رقم 2.12.503 بتاريخ 11 شتنبر 2013 بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6192 بتاريخ 3 أكتوبر 2013. ص 8384.

48- كان إحياء الحسبة استجابة لتعليمات ملكية، اتخذت صبغة نص قانوني رسمي فيما بعد ألا وهو الظهير الشريف رقم 1.82.70 الصادر في 21 يونيو 1982 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 636 بتاريخ 7 يوليوز 1982. ص 836- المحدد لاختصاصات المحتسب وأمناء الحرف.
وباختصار يمكن القول، إن الاختصاصات المسندة إلى المحتسب في ظل هذا القانون -وانطلاقا من الفصول من 1 إلى 8 منه- تتمثل في مراقبة -داخل دائرة الاختصاص المكاني الذي يزاول فيها مهامه- جودة وأثمان خدمات ومنتجات الصناعة التقليدية والمنتجات الفلاحية والمواد الغذائية والمشروبات ومنتجات التزيين والنظافة، والحرص على التحقق من توفرها على المواصفات المقررة في النصوص التنظيمية أو في أعراف المهنة، ومن مطابقة أثمنتها للتعريفة المحددة أو للمتداول في السوق.
وهو يستعين في أداء مهمته بالمصالح التقنية المختصة، كما يسهر على وجوب التقيد بما يقتضيه الصدق في المعاملات، والمحافظة على الصحة والنظافة في الأسواق الحضرية والقروية، وفي الأماكن التجارية والمهنية، ويبلغ بما يلاحظه من

الشريف رقم 1.82.70 الصادر بتاريخ 21 يونيو 1982 بتنفيذ القانون رقم 02.82 المتعلق باختصاصات المحتسب وأمناء الحرف[49].

ومع مرور الزمن، ولاسيما في العقدين الأخيرين، ازدادت الحاجة الملحة إلى حماية المستهلك من مخاطر العملية الاستهلاكية، حيث لم يعد اهتمام الدولة قاصرا على إيجاد الضمانات اللازمة لتوفير السلع

إخلال بالأنظمة الخاصة بالميادين المذكورة إلى الجهات المختصة، كما يخبرها بسائر الأفعال المنافية للآداب العامة والأخلاق المرتكبة في مكان عام.
ويساعد المحتسب أيضا في مزاولة مهامه، الأمناء الذين يتمتعون تحت إمرته بسلطة توفيقية في حل الخلافات.
راجع في هذا الشأن:
- نورة غزلان، تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب، مرجع سابق ص 9 و 10.

49 -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 636 بتاريخ 7 يوليوز 1982، ص 836.
راجع أيضا بخصوص هذا الموضوع وعلى سبيل المثال:
- الظهير الشريف رقم 1.83.108 الصادر في 5 أكتوبر 1984 بتنفيذ القانون رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3777 في مارس 1985، ص 395.
- الظهير الشريف رقم 1.09.20 الصادر في 18 فبراير 2009 بتنفيذ القانون رقم 25.08 القاضي بإحداث المكتب الوطني للسلامة الصحية للمنتجات الغذائية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5712 بتاريخ 26 فبراير 2009، ص 599.
- الظهير الشريف رقم 1.10.08 الصادر في 11 فبراير 2010 بتنفيذ القانون رقم 28.07 المتعلق بالسلامة الصحية للمنتجات الغذائية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5822 بتاريخ 18 مارس 2010، ص 1001.
- الظهير الشريف رقم 1.11.140 الصادر في 17 غشت 2011 بتنفيذ القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011، ص 7678.
- المرسوم رقم 2.12.502 الصادر في 13 ماي 2013 بتطبيق القسم الأول من القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6158 بتاريخ 6 يونيو 2013، ص 4420.

Scanné avec CamScanner

والخدمات ومنع الاحتكار والغش في الأسعار، وإنما اتسع نطاق تدخلها ليشمل العديد من التدابير والضمانات التي من شأنها أن تحمي المستهلك في العملية المذكورة ومتعلقاتها من بدايتها إلى نهايتها.

وهكذا، وضع القانون رقم 31.08، الذي يشكل إطارا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك، والذي من بين أهدافه الأساسية، تعزيز حقوق هذا الأخير –كحقه في الإعلام، وفي الاختيار وفي التراجع، وفي التمثيلية، وغيرها من الحقوق– وضمان حمايته فيما يخص الشروط الواردة في عقود الاستهلاك، لاسيما الشروط التعسفية- التي التفت إليها المشرع باعتبار أنها كانت تشكل ثغرة في القانون المدني، مخصصا لها قسما بكامله ألا وهو القسم الثالث الذي يتكون من المواد من 15 إلى 20[50] – وتحديد الضمانات القانونية والتعاقدية لعيوب

---

50 – يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك – في مفهوم الفقرة 1 من المادة 15–:

"كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

وتنص الفقرة 2 منها على ما يلي:

"دون المساس بمقتضيات الفصول 39 إلى 56 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد.

وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذون الضمان والقوائم أو أذون التسليم والأوراق أو التذاكر، والتي تتضمن شروطا متفاوضا في شأنها بحرية أو غير متفاوض في شأنها، أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا".

وجاء في المادتين 16 و 17 ما يلي:

– المادة 16: "دون الإخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول 461 إلى 473 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط، بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما ببعض من الوجهة القانونية".

الشيء المبيع، وكذا تحديد الشروط والإجراءات المتعلقة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحق بالمستهلك[51].

وفي الإجمال -وبعيدا عن إعطاء أي حكم تقييمي للقانون رقم 31.08 الأمر الذي لا يمكننا المجازفة به في هذا الحيز من الدراسة- فإن هذا القانون على الرغم من المسائل التي تؤخذ عليه- من ذلك مثلا تقصيره في إيلاء العناية اللازمة لنظرية استغلال الضعف والجهل لدى المستهلك وعدم استغراقها لمختلف الأسباب التي يمكن للمهني أن يستغلها من أجل حمل هذا الأخير على قبول التعاقد[52] وتكريسه لمبدأ التضييق من نطاق الإمهال القضائي وإحاطته بقيود من شأنها ألا تسمح لكل المستهلكين بالاستفادة من هذا الامتياز[53] وعدم تطرقه إلى مسؤولية المهني عن ترويج السلع أو المواد الخطرة أو الضارة بصحة أو سلامة

- المادة 17: "لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط حسب مدلول المادة 16، تحديد المحل الأساسي من العقد، ولا ملاءمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة".

51 - المستهلك حسب الفقرة 1 من المادة 2 من القانون رقم 31.08 هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

52 - فالمادة 59 منه تنص فقط على أنه:
"يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة به".

53 - وفي هذا السياق تقضي الفقرة 1 من المادة 149 منه بأنه:
"بالرغم من أحكام الفقرة 2 من الفصل 243 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يمكن ولاسيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة، أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة.
ويمكن أن يقرر في الأمر على أن المبالغ المستحقة لا تترتب عليها فائدة طيلة مدة المهلة القضائية".

المستهلك[54] مع أن من بين مبادئ الأمم المتحـــدة التوجيهيـــة لحمايـــة المستهلك- بصيغتها الموسعة في سنة 1999- ما يخص السلامة المادية التي أفردت لها البنود من 11 إلى 14 وغير ذلك- فإنه من زاوية أخرى جاء بالعديد من المقتضيات الجديدة التي منها ما تجاوز به -إلى حد ما- الحدود التقليدية للحماية الواردة في قانون الالتزامات والعقود-كما هو الأمر مثلا بالنسبة لتفسير الشروط الغامضة والمبهمة لصالح المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية[55] وإلقاء عبء الإثبات على المورد عند حدوث نزاع بينه وبين المستهلك، واعتبار هذه القرينة من النظام العام[56] وتمتيع المستهلك وجمعيات حماية المستهلك بعدة خيارات على صعيد الاختصاص القضائي وما إلى ذلك[57]- تماشيا مع

---

54 – ذلك أنه تناول في القسم الخامس من هذا القانون، الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والضمان التعاقدي والخدمة بعد البيع في المواد من 65 إلى 73، إلا أنه لم يورد أي مقتضى يتعلق بمسؤولية المهني عن السلع أو المواد الضارة بسلامة أو صحة المستهلك.

55 – وفي هذا الصدد، جاء في المادة 9- المستمدة في حقيقة الأمر من الفصل 473 من ق.ل.ع الذي ينص عل أنه عند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم- ما يلي:

" فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة وفي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة للمستهلك ".

56 – خروجا عن القاعدة المقررة في الفصل 399 من ق.ل.ع التي تنص على أن: "إثبات الالتزام على مدعيه" فإن المادة 34 من القانون رقم 31.08 تذهب إلى أنه:

"في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك، يقع عبء الإثبات على المورد خاصة فيما يتعلق بالتقديم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيدها واحترام الآجال وكذا قبول المستهلك. يعتبر كل اتفاق مخالف باطلا وعديم الأثر".

ويقصد بالمورد في منطوق الفقرة 2 من المادة 2:

"كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري".

57 – خلافا للقاعدة في الاختصاص المحلي الواردة في الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية والتي تفيد بأن المحكمة المختصة هي محكمة الموطن الحقيقي أو

Scanné avec CamScanner

التوجهات المتعارف عليها عالميا، والتي تنظر إلى المستهلك كطرف ضعيف يحتاج إلى حماية استثنائية تقيه من تجاوزات المهني، الذي يملك من الأساليب والإمكانيات ما يجعله قادرا على حمل المستهلك على التعاقد معه بالشروط التي يريد تحقيقها.

وفي نفس الاتجاه أيضا، تمت تكملة قانون الالتزامات والعقود سنة 2011 بمقتضيات جديدة تتعلق بالمسؤولية المدنية للمنتج عن المنتجات المعيبة بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.140 الصادر في 17 غشت 2011 بتنفيذ القانون رقم 24.09[58] حيث حدد مفهوم مسؤولية المنتج وشروط تحققها، وكذا شروط الإعفاء منها، وشروط الحصول على تعويض عن الأضرار الناتجة عن المنتوجات المعيبة.

وفي 3 فبراير 2016 صدر القانون رقم 107.12 المغير والمتمم للقانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز[59] الذي يروم

المختار للمدعى عليه، فإن المادة 202 من القانون رقم 31.08 تجاوزت هذا النطاق ذاهبة إلى أنه:

"في حالة نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير".

وورد في الفقرة 1 من المادة 159 أن:

"الاختصاص المحلي يكون في الدعاوى المدنية لمحكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه باختيار الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك".

58- الظهير الشريف رقم 1.11.140 الصادر في 17 غشت 2011 بتنفيذ القانون رقم 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011، ص 7678.

59 - الظهير الشريف رقم 1.16.05 الصادر في 3 فبراير 2016 بتنفيذ القانون رقم 107.12 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون

تنويع وتقوية العرض السكني، وتمكين المهني من الاستثمار في العقار بشروط وضمانات مشجعة، فضلا عن محاربة بعض الممارسات غير القانونية المتفشية في سوق العقار، وجعل هذا الأخير مؤطرا بالمقتضيات التشريعية والتنظيمية اللازمة.

وبتاريخ 16 ماي 2016 صدر أيضا الظهير الشريف رقم 1.16.49 القاضي بتنفيذ القانون رقم 106.12 المغير والمتمم للقانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية[60] الذي تضمن العديد من المستجدات الأساسية منها، توسيع نطاق تطبيق القانون المذكور ليشمل بالإضافة إلى العقارات المقسمة إلى شقق أو طبقات، العقارات المبنية المؤلفة من عمارات أو فيلات أو محلات، متناسقة أو منفصلة والمقسمة إلى أجزاء مفرزة وأخرى مشتركة مملوكة على الشياع لمجموع الملاك، وإخضاع المشاريع العقارية المنجزة على مراحل لنظام الملكية المشتركة، واستثناء العقارات التابعة للملك الخاص للدولة من نطاق تطبيق هذا القانون، وغير ذلك.

وبعد هذه الإطلالة، فإنه لا يعنينا من قانون الالتزامات والعقود - كقطب تتمركز عليه هذه الدراسة المتواضعة- تقصي مصادره وتحديد مختلف موضوعاته واستجلاء علاقته ببقية فروع القانون الأخرى ولا رصد إشكالياته، بل ما يهمنا هو أنه يؤلف مرجعنا الأساسي في دراستنا لهذا الباب، التي تتمحور حول العقود المسماة أو الخاصة المدنية، والتي ارتأينا أن تتم وفق خطة عمل موزعة على فصلين، حيث سنعطي فكرة عامة عن "العقود المسماة المدنية" خلال مدخل نحاول طيه التطرق إلى أبرز الجوانب فيها، من ناحية، ومن ناحية ثانية سنسلط الضوء على أمهات المسائل في عقد البيع وبعض العقود الأخرى، وذلك على الشكل التالي:

الالتزامات والعقود. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 18 فبراير 2016. ص 932.

60 – المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6465 بتاريخ 16 ماي 2016. ص 3781.

Scanné avec CamScanner

الفصل الأول

الإطار العام للعقود المدنية

في كنف القانون الخاص تنصهر مجموعة من القواعد التي تروم تنظيم العلاقات التي تربط الأفراد في المجتمع، سواء فيما بين بعضهم البعض أو فيما بينهم وبين الدولة بوصفها شخصا عاديا.

وتنحدر منه عدة فروع يتصدرها القانون المدني، الذي يعد الشريعة العامة لقوانين الموضوع[61] والمرجع الأساسي الذي يتم الركون إليه في حالة عدم وجود حكم لمسألة ما لاسيما في الحقل التعاقدي.

61- يعتبر القانون المدني بالنسبة لقوانين الموضوع المصدر الذي يتم الرجوع إليه عند عدم وجود نص خاص بها -كما هو الأمر بالنسبة لقانون المسطرة المدنية كقانون إجرائي- إذ عنه تفرعت مختلف فروع القانون الخاص الحديثة، وبالتالي يظل هو القانون الأم الذي تنتسب إليه أصلا، رغم محاولتها الاستقلال عنه، وهكذا فإن قواعد النظرية العامة للالتزامات، وقواعد النظرية العامة للعقد والقواعد العامة للحقوق العينية، تشكل كلها الإطار العام لجميع المعاملات.
ويتسع نطاق القانون المدني بوجه عام في النظام القانوني الروماني- الجرماني ليشمل جميع العلاقات التي تقوم بين الأفراد سواء منها المتعلقة بالأسرة "الأحوال الشخصية" أو تلك المتعلقة بالمال "الأحوال العينية".
غير أنه يقتصر في قوانين الدول العربية والإسلامية على القواعد التي تنظم المعاملات المالية بين الأفراد دون العلاقات المتعلقة بالأسرة، ويرجع هذا التحديد لاعتبارات تاريخية جعلت التمييز بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية من المفترضات الأساسية التي يقوم عليها القانون الخاص.
أما في قوانين الدول المغاربية - ما عدا ليبيا والجزائر باعتبارهما مجالا لتأثير القانون المدني المصري- فليست هناك مدونة للقانون المدني تتضمن تنظيما لكل مجالات الأحوال العينية، وإنما هناك قانون خاص بالالتزامات والعقود، وآخر بالحقوق العينية، ومنه يتكون ما يمكن تسميته بالقانون المدني أو قانون المعاملات المالية. بالإضافة إلى مدونة للأحوال الشخصية أو الأسرة. ومن ثم يظل التمييز بين الأحوال العينية والأحوال الشخصية، من الأسس التي ينبني عليها القانون الخاص في الدول المغاربية أيضا.

Scanné avec CamScanner

ولعل الأهمية التي يحظى بها القانون المدني، والمكانة المتميزة التي يستقل بها بين فروع القانون الخاص، تعزى أصلا إلى قدمه التاريخي، فهو شريعة عريقة اتصلت فيها اجتهادات الفقه والقضاء وتضافرت فيها جهود التشريعات ردحا طويلا من الزمن، الشيء الذي أتاح له تقدما ملحوظا وتطورا ملموسا في حظيرة المنظومة القانونية.

وكما لا يخفى، فإن المشرع إلى جانب القواعد العامة التي تنظم العقد في إطار نظرية تحتوي سائر أحكامه، صاغ أيضا قواعد خاصة بفئة من العقود في نصوص أفردها لها، لذا جرى نعتها بالعقود المسماة

أنظر في هذا الشأن:
- أحمد ادريوش، مناهج القانون المدني المعمق، الطبعة الأولى سنة 2012 الصفحات 17. 42. 43.
وكذلك :
- خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون. أسس ومبادئ نظرية القانون ونظرية الحق. الكتاب الأول: نظرية القانون. طبعة سنة 1987. من ص 66 إلى ص 69.
- محمد جلال السعيد، مرجع سابق، ص 23.
- عبد النبي ميكو، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى. سنة 1971. ص 57.
ولا تفوتنا الإشارة هنا، إلى أن "مونتسكيو" كان يسمي القانون الخاص: القانون المدني. والقانون العام: القانون السياسي. أما "دوما"، فقد وضع مؤلفا للقانون تحت عنوان: التشريعات المدنية، وأفرد آخر للقانون العام.
بيد أن هذا لا يعني بتاتا انعدام الصلة بين كل من القانون المدني والقانون العام، بل على العكس من ذلك، منذ القرن التاسع عشر ومبادئ القانون المدني وتقنياته تشكل قالبا تنسج على منواله أحكام القانون العام، ناهيك عن أن العديد من هذه الأخيرة ما لبث أن نفذ إلى المادة المدنية على إثر تدخل الدولة في شتى المجالات منها مجال القانون.
راجع بهذا الخصوص:
- محمد جلال السعيد، نفس المرجع السابق، ص 24.
- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون. طبعة سنة 1974. ص 576.

أو العقود الخاصة[62] أو العقود الرئيسية[63] تمييزا لها عن العقـود غيـر المسماة التي لم يخلع عليها اسما ولم تحظ من لدنه بالتنظيم.

وتندرج العقود المـذكورة ضـمن تصـنيفات العقـود، أي فـي التقسيمات التي عمل الفقه وكذلك التشريع المدني -في بعض الـدول- على وضعها لها استنادا إلى ضوابط مشتركة تسمح بجمع المتشابه منها في فصيلة واحدة، وتمكن بالتالي من تحديد القواعد التي ينبغي تطبيقها على كل عقد بعد إعطائه الوصف القانوني الصحيح.

وبفعل التطور الحاصل في مجال المعـاملات علـى الصـعيدين الداخلي والخارجي ظهرت الكثير من العقود الجديدة، وهكـذا بعـد أن

62- "إن تعبير العقود الخاصة ينطوي على نوع من الغموض والالتباس، ذلـك أن جميع العقود تعتبر خاصة ولا يوجد ما يقابلها، أي عقود عامة. فكل عقد يخضـع من جهة لمجموعة من القواعد القانونية بعضها عام يطبق علـى جميـع العقـود بصرف النظر عن نوعها أو جنسها، وهي التي تشكل النظرية العامة للالتزامـات والعقود، وبعضها الآخر يتوقف على نوع وجنس العقد الذي سيطبق عليه، وهـي التي تشكل قانون العقود الخاصة. وعلى العموم، فإن مفهوم العقود الخاصة يطابق إلى حد كبير مفهوم العقود المسماة بالمعنى الواسع الذي نعطيه لهـا، أي بصـرف النظر عن مصدر تنظيمها وتسميتها".

- أحمد ادريوش، مناهج القانون المدني المعمق، مرجع سابق، ص 45.

وعلى حد تعبير بعض رجال الفقه القانوني الفرنسي، فإن العقود الخاصة هي تلـك المجموعة من العقود المسماة، أي المنظمة بصورة خاصة، إما من قبل المشرع أو كرستها الأعراف المهنية، والتي أصبحت تشكل قانونا خاصا بها يمكـن تسـميته بقانون العقود الخاصة.

Voir à ce propos :

-Philippe Malaurie. Laurent Aynès : Droit Civil : Les contrats spéciaux par : Philippe Malaurie. Laurent Aynès. Pierre-Yves Gauthier.
4 ème édition. 2009. Editions Point Delta . Paris cédex 02.

63- أنظر في هذا الصدد مثلا:

- جيروم هوييه، المطول في القانون المدني: العقود الرئيسـية الخاصـة. المجلـد الأول. الطبعة الأولى. سنة 2003. إشراف جاك غستان. ترجمة منصور القاضي. ص 8 وهامشها.

Scanné avec CamScanner

كانت الهيمنة للنظرية العامة للعقد، أضحى جزء من أحكامها متجاوزا أمام نمو الأحكام الخاصة بالعقود المسماة[64].

ولإلقاء الضوء على هذه المسائل، سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

64- في هذا السياق قيل:

"...إن العقود الخاصة هي الوجه الآخر لأفول النظرية التقليدية للعقد، فالأحكام الخاصة بالعقود المسماة، أصبحت هي الأساس من أجل تفريغ أو صياغة بعض الأحكام العامة، كما أن بعض الأحكام العامة لنظرية العقد أصبحت متجاوزة نظرا لكثرة الأحكام الجديدة الخاصة والمتعلقة بحماية المستهلك...

وهكذا، شرعت الأحكام الجديدة لحمايته من الإشهار الكاذب بشكل أصبحت معه الأحكام المتعلقة بالتدليس متجاوزة، وكذلك من الشروط التعسفية، كما تم إقرار التزامات جديدة على عاتق المحترف، كالالتزام بتبصير المستهلك، والالتزام بالسلامة، وبصفة عامة تقوية التزامات المحترف...".

مشار إليه لدى:

- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة. الطبعة الأولى. سنة 1997. سلسلة المعرفة القانونية. ص 116 وص 117.

"جرت مواجهة الحركة الكثيفة للعقود الخاصة لمدة طويلة -الأكثر خصوصية دائما والأكثر تنوعا- بجمود النظرية العامة للعقد...

إن النظرية العامة للعقود غالبا ما تتطلب اليوم الرجوع إلى القانون الخاص لمختلف العقود... وإن نمو قانون العقود الخاصة وأصالته، ينزعان إلى تقليص دور النظرية العامة للعقود...".

- جيروم هوييه، نفس المرجع السابق، هامش ص 18.

Scanné avec CamScanner

المبحث الأول
تصنيف العقود وتحديد مضمونها

إذا كانت تسجل للفقه محاولاته الكثيرة في سبيل إيجاد تصنيف للعقود، بمعنى وضعها -على الرغم من تعددها وتنوعها- في مجموعات يتسنى من خلالها الوقوف على القواعد الواجبة التطبيق عليها، تلك المجموعات التي تزخر بها كتب النظرية العامة للالتزامات والعقود، والتي تبنتها التشريعات المدنية الحديثة -بدرجات متفاوتة- فإن المشرع أبى إلا أن يجعل من بين المهام المنوطة بقاضي الموضوع تكييف العقود، أي إضفاء الوصف القانوني على التصرف المبرم من قبل الطرفين وذلك بعد استنفاذ عملية التفسير، لأنه لا يستساغ تكييف العقد ما لم يتم تحليل مضمونه واستقراء الغاية التي قصدها المتعاقدان من ورائه أثناء التعاقد.

فموضوع هذا المبحث كما يبدو يتقاسمه كل من تصنيف العقود وتحديد مضمونها، ونحن بقدر ما تسعفنا به مادة البحث في هذا الجزء من الدراسة، سنعمل على بسط أهم الجوانب فيه على المنوال التالي:

المطلب الأول
تقسيمات العقود في الفقه والقانون

إن تقسيم العقود في شكل مجموعات أو فصائل ليس مجرد نشاط ذهني يباشره رجل القانون بهدف الحصول على جرد منطقي للعقود وإنما هو عملية ضرورية تسعف في معرفة القواعد القانونية الخاصة بكل فصيلة على حدة.

ولا بأس من الإشارة، إلى أنه منذ القرن التاسع عشر أخذ الفقه- الفرنسي على وجه التحديد- يبحث عن ضابط مشترك يستند إليه في تصنيف العقود المسماة، وبالفعل، اعتمادا على بعض الضوابط اهتدى إلى تصنيفات معينة للعقود انتقد جلها بسبب ما اعتراه من عيب[65] بينما

65 – ميز فريق من الفقهاء بين العقود المدنية الكبيرة، مثل البيع والمعاوضة والصغيرة، كالوكالة والصلح.
ومال فريق آخر إلى العمل بضابط سوسيولوجي، فميز بين عقود الصدقة والثقة كالوديعة والوكالة، وعقود المال كالمعاوضة. أو اقتصادي، وبناء عليه اقترح تصنيف العقود إلى عقود تتم بها ممارسة النشاط الذي تتخذ منه المؤسسة غرضا لها كالبيع والمقاولة وغيرهما من العقود المسماة في العرف، وعقود تتعلق بطرق استغلال المؤسسة كالنقل والتأمين، وعقود عادية يقع اللجوء إليها بكثرة في عالم الأعمال، وعلى رأسها البيع بشتى أنواعه والوكالة والإيجار والوديعة وما ولدته الممارسة التعاقدية بشأنها من شروط، وبالتالي من عقود استقر العمل على إعطائها اسما معينا. أو قانوني، فصنف العقود الخاصة انطلاقا من المحل والسبب، إذ بالنسبة للأول، تقسم إلى ناقلة للحقوق، بمعنى أن المحل الرئيسي للالتزام الناشئ عنها، يكمن في إعطاء شيء كالبيع والهبة، وغير ناقلة لها، وهي التي يكون محل الالتزام فيها، القيام بعمل –ويميز فيه بين ما إذا كان هذا الأخير يتطلب مجهودا من الملتزم كما في الشغل، أو لا يقتضيه كما في الوكالة- أو الامتناع عن القيام به. وفيما يخص الثاني، تقسم إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.
وهكذا، تتعدد المجموعات المتعلقة بالعقود الخاصة نتيجة لاعتماد ضابط المحل، في حين لا يسمح السبب إلا بالاهتداء إلى مجموعتين منها فقط.
للمزيد من التفصيل في هذا الجانب، أنظر:

حظي قليل منها بتأييد الفقهاء وتكريس التشريعات المدنية الحديثة له ونقصد الاتجاه الذي أتى بتصنيف يرتكز على ضابط قانوني هو المحل أو موضوع العملية، ويشمل، العقود التي موضوعها نقل ملكية شيء كالبيع والمقايضة، والعقود التي ترمي إلى نقل التمتع بشيء كإجارة الأشياء والعارية والقرض، والعقود التي تتناول عملا أو خدمة كالوكالة والوديعة.

والمراد بمحل العقد بوصفه ضابطا لتصنيف العقود الخاصة المعقود عليه أو الالتزام الرئيسي الناشئ عن العقد، والذي يشكل عنصرا خاصا في بنيته بحيث يميزه عن غيره من العقود.
وهناك فرق بين محل العقد، وهو العملية القانونية التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها، والتي تختلف من حالة إلى أخرى -إذ قد تكون إيجارا أو بيعا أو غيرهما- وبين محل الالتزام، الذي هو الأداء الملقى على عاتق الملتزم، والمتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

هذا عن الفقه، أما بالنسبة للتشريع، فنجد مثلا القانون المدني المصري-الذي صنف العقود بالرجوع إلى ضابط قانوني هو محل العقد- والقوانين المقتبسة منه كالقانون المدني الليبي، ونظيره الجزائري الذي صنف العقود إلى المجموعات التالية:
1- العقود الواردة على الملكية، وهي البيع والمقايضة والشركة والقرض الاستهلاكي والصلح، علما أن المشرع نظم عقد الهبة في قانون الأسرة لسنة 1984.
2- العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، وهي الإيجار والعارية.
3- العقود الواردة على العمل، وهي المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة.

- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، من ص 35 إلى ص 40.
- جيروم هوييه، مرجع سابق، من ص 32 إلى ص 33.

Scanné avec CamScanner

4- العقود الاحتمالية أو عقود الغرر، وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة والتأمين.

5- عقود التأمينات الشخصية، وتشمل عقد الكفالة، أما التأمينات العينية - الرهن الرسمي والرهن الحيازي- فنتطرق إليها في الكتاب الخاص بالحقوق العينية الأصلية[66].

وانتحى التشريع الفرنسي منحى يتمثل في تقسيم العقود إلى تبادلية وغير تبادلية ومحددة القيمة واحتمالية، ثم إلى عقود معاوضة وعقود تبرع[67].

وساق المشرع المغربي في إطار قانون الالتزامات والعقود مختلف العقود التي نظمها، إلا أنه -كمثيله الفرنسي- لم يسلك في ذلك تصنيفا معينا يسمح بجمع المتشابه منها في فصيلة واحدة وإنما فوض الأمر للفقه الذي أسفرت اجتهاداته عن تقسيمات كثيرة لها تختلف بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها- كتكوينها مثلا، ونطاق تطبيقها، وطريقة تنفيذها، ومدى أهمية عنصر الزمن فيها، وتنظيم المشرع لها والأثر المترتب عليها وغير ذلك[68]- وعموما هناك العقود الآتية:

66 – للمزيد من التفصيل في هذا الصدد، أنظر:
– جيروم هوييه، مرجع سابق، من ص 33 إلى ص 37.
– أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، من ص 42 إلى ص 45.
– عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام: الكتاب الأول. نظرية العقد، مرجع سابق، ص 170.

67 – أنظر الفصول من 1102 إلى 1106 من القانون المدني الفرنسي.

68 – أنظر في هذا الصدد:
– أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 35.
– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني:النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد. الطبعة الأولى. سنة 1996 الصفحات:129 و 132 و 137 و 143 و 145 و 151 و 156 و 158 و 162.

الفقرة الأولى: العقود من حيث تكوينها وآثارها

تنقسم العقود بحسب تكوينها إلى رضائية وشكلية وعينية، وبالنظر إلى الأثر المتولد عنها إلى تبادلية أو ملزمة للجانبين، وعقود غير تبادلية أو ملزمة لجانب واحد.

اولا- العقود الرضائية والشكلية والعينية

1- العقد الرضائي

الأصل في العقود هو الرضائية[69] -ما لم يقض القانون بغير ذلك- أي أن العقد يتم بمجرد توافق إرادتيه على إنشائه وعلى حكم المسائل الجوهرية فيه، كيفما كانت طريقة هذا التوافق، أي سواء حصل باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ أي موقف آخر يدل عليه.

فالإرادة في هذا النوع من العقود تكفي وحدها لقيامه دون استلزام شكل أو إجراء ما. غير أن الرضائية لا تعتبر من النظام العام إذ يسوغ للأطراف المتعاقدة الاتفاق على إفراغ العقد في شكل يحددانه[70] كتدوينه في ورقة رسمية أو عرفية أو وثيقة محررة على دعامة إلكترونية.

---

69 - الرضائية هي الأصل في العقود والاتفاقات في القانون المدني المغربي ويقصد بها كفاية الإرادة لترتيب الأثر القانوني، حيث ينشأ العقد بمجرد توافق إرادة طرفيه دون استلزام شكلية معينة، وهي تختلف عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يكرسه الفصل 230 من ق.ل.ع حيث يتعلق بمدى نطاق هذا الأثر الذي تنشئه الإرادة الحرة.

70- وفي هذه الحالة، لابد من استيفاء الشكل المتفق عليه لانعقاد العقد، وهو ما ينص عليه الفصل 402 من قانون الالتزامات والعقود بقوله:
"إذا لم يكن العقد خاضعا لشكل خاص، واتفق عاقداه صراحة على أنهما لا يعتبرانه تاما إلا إذا وقع في شكل معين، فإن الالتزام لا يكون موجودا إلا إذا حصل في الشكل الذي اتفق عليه العاقدان".

Scanné avec CamScanner

2- العقد الشكلي

إن إقرار المشرع المغربي للشكلية، يعني أن الرضائية لا تكفي دائما في جميع العقود والتصرفات القانونية، بل لابد من التدخل والمراقبة؛ والأداة التي يستعين بها المشرع لتحقيق هدفه هذا هو الشكلية التي أصبحت وسيلة هامة لتدخل الدولة قصد التوجيه والحماية، وضمان استقرار المعاملات، ومن ثم يصطلح على العقود التي تشترط فيها الشكلية بالعقود الشكلية، حماية للإرادة من الأخطار المحيطة بنوع من العمليات التي يتطلب الإقدام عليها الكثير من التروي والحيطة.

فالعقد الشكلي إذن، هو العقد الذي يتوقف انعقاده، بالإضافة إلى تراضي المتعاقدين الذي لا غنى عنه، على توفر شكل خاص حدده القانون وجعله ركنا لتمامه، فمثلا الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية، التي يكون من شأنها إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم (10.000 درهم)، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك، أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية[71].

وإذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، فإنه ينبغي إجراء البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون[72].

71- أنظر الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

72- أنظر الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

كذلك متى كان محل عقد الشركة عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهنا رسميا وأبرم ليستمر أكثر من ثلاث سنوات لزم تحريره كتابة وتسجيله وفق الشكل المحدد قانونا[73].

فالكتابة إذن تعد الشكل الذي ينبغي أن يفرغ فيه الرضى، وهي قد تشترط للانعقاد أو للإثبات؛ إذ عندما تكون لازمة لوجود العقد، فإنها تشكل ركنا من أركانه وبالتالي يترتب على عدم توفرها بطلانه، بخلاف ما لو كانت متطلبة للإثبات فحسب، حيث إن انتفاءها لا يؤدي إلى بطلانه، وإنما يمكن إثباته بأدلة أخرى.

ومن المعلوم أن الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية أو من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين، وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب، والفواتير المقبولة والمذكرات والوثائق الخاصة، أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها.
وإذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبت في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة[74].

73- أنظر الفصل 987 من قانون الالتزامات والعقود.
74- بتاريخ 19 فبراير 2015 صدر الظهير الشريف رقم 1.15.15 بتنفيذ القانون رقم 9.15 بتغيير الفصل 1-2 من الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6344 بتاريخ 19 مارس 2015. ص 1751- الذي تضمن مادة فريدة تنص على أنه:
"تغير على النحو التالي أحكام الفصل 1-2 من الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود:
الفصل 1- 2 : عندما تشترط الكتابة لصحة تصرف قانوني يمكن إعدادها وحفظها بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و 2-417 أدناه".

Scanné avec CamScanner

فالورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون.

وتكون رسمية أيضا:

1- الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم.

2- الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية والأجنبية، إذ يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ، أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها.

وعموما، تكون الورقة الرسمية حجة قاطعة في مواجهة الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره، إلى أن يطعن فيها بالزور وكذا في الاتفاقات والشروط المبرمة بين المتعاقدين، وفي الأسباب المذكورة فيها، وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وفي الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفتها وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر[75].

أما الورقة التي لا تصلح لأن تكون رسمية بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو لعيب في الشكل، تشكل محررا عرفيا متى كانت تحمل توقيع الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحتها.

والتوقيع هو التجسيد المادي لإرادة الملتزم الذي يرتكز على عنصرين، أحدهما أن يكون بخط يد الملتزم، والآخر أن يرد في أسفل الورقة، وعليه فإن الطابع أو الختم لا يعد بمثابة توقيع، أما بالنسبة للبصمة، فإن المجلس الأعلى قضى سابقا في أحد قراراته[76] بعدم

75- أنظر الفصل 417 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05 والفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود والفقرة 1 من الفصل 419 والفصل 420 منه.

76- أنظر قراره الصادر في 6 مارس 1989. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 45 لسنة 1991، ص 55.

Scanné avec CamScanner

اعتبارها توقيعا، ومن ثم لا تلزم صاحبها ما دام أن المشرع لم ينص عليها في إطار القواعد العامة.

وتكون للمحرر العرفي المعترف به ممن يقع التمسك به ضده أو المعتبر قانونا في حكم المعترف به منه، نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية إزاء كافة الأشخاص، على التعهدات والبيانات التي يتضمنها وذلك في الحدود المقررة قانونا، عدا ما يتعلق بالتاريخ[77].

وبالنسبة لهذا الأخير، نشير إلى أن المحرر العرفي يقوم دليلا على تاريخه بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص[78] حينما يعمل كل منه باسم مدينه.

غير أنه لا يكون دليلا في مواجهة الغير إلا:

- من يوم تسجيله سواء كان ذلك في المغرب أو في الخارج؛
- من يوم إيداعه بين يدي موظف عمومي؛
- من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا؛
- من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من لدن قاض سواء في المغرب أو في الخارج؛
- إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة....

ويسوغ أن يكون المحرر العرفي مكتوبا بيد غير الشخص الملتزم به شريطة أن يكون موقعا منه، أما الملتزم نفسه، فيتعين عليه أن يوقع بيده في أسفل المحرر، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع.
وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن، فإنه يجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال[79].

77 – أنظر الفصول 419 و 420 و 423 و 424 من نفس القانون.

78 – إذا كان الخلف الخاص لا يعمل باسم مدينه، فإنه يعتبر من الغير في حكم الفصل 425 من ق.ل.ع المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05.

وفي ظروف صارت فيها البساطة والسرعة في المعاملات من متطلبات العصر الحديث، الذي يعرف زحفا متسارعا للتكنولوجيات الجديدة، بدأت الكتابة بشكلها التقليدي تفسح المجال للكتابة في شكلها الإلكتروني، وصارت الوثائق والمستندات الورقية تتراجع لتحل محلها المستندات الرقمية المحفوظة على أسطوانات رقمية أو على أقراص ممغنطة ونحوها من الدعامات الحديثة.

بل أصبح التوقيع بطريقة إلكترونية يفرض نفسه عوض التوقيع الخطي المألوف، وذلك في إطار إنجاز تبادل أو إبرام معاملة أو عقد صفقة، في عالم افتراضي، الذي إلى جانب المزايا التي يوفرها، تحفه العديد من المخاطر ويسفر عن ظواهر لم تكن معروفة فيما قبل كالجريمة الإلكترونية على سبيل المثال[80].

وهكذا، أضحت القواعد القانونية المتأصلة في مجال الإثبات تطرح عدة تساؤلات حول مدى تأطيرها للإمكانيات الجديدة التي تتيحها التقنيات الرقمية ومدى قابليتها للاندماج بكيفية سليمة في كنف هذه البيئة الجديدة.

وفي هذا السياق، واعتبارا للمكانة المرموقة التي يحتلها الإثبات في كافة الميادين، ونظرا لدخول العالم نظاما جديدا في مجال تكنولوجيا المعلومات وقيام ثورة عالمية في نقل وتبادل المعلومات عبر الأنظمة الإلكترونية وأهمها الأنترنت، وتأثير ذلك على مفهوم الإثبات، فإن الجهود الدولية سعت إلى إيجاد القواعد التي تنظم التجارة وكذلك التوقيع

79- أنظر الفقرة 2 من الفصل 425 والفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05.

80- راجع الظهير الشريف رقم 1.03.197 الصادر بتاريخ 11 نونبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 07.03 القاضي بتتميم مجموعة القانون الجنائي، والمتعلق بالإخلال بسير نظم المعالجة الآلية للمعطيات. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 22 دجنبر 2003، ص 4284.

والإثبات في المجال الإلكتروني، وأسفرت هذه الجهود عن تبني لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانونيين نموذجيين هما:

– القانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة "CNUDCI" بموجب القرار رقم 51/ 162 بتاريخ 1996/1/16 الذي أقر القوة الثبوتية للسند والتوقيع الإلكترونيين.

– قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية الذي اعتمدته لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة في دورتها الرابعة والثلاثون بتاريخ 2001/7/5 لتنظيم التوقيع الإلكتروني في سياق العلاقات ذات الطابع التجاري.

ووعيا منه بضرورة تحديث البنية التقليدية لنظام الإثبات المدني تدخل المشرع المغربي منذ عهد غير بعيد، من خلال سن مقتضيات تصب في هذا الاتجاه –لاسيما بالنسبة للدليل الكتابي[81]– الذي يستدعي تعزيز التعامل بالنمط الرقمي بدلا من نظيره الورقي، عن طريق

81– وتتمثل تلك المقتضيات فيما يلي:
– الفصل 1-2 من الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود الذي أضيف بالقانون رقم 53.05؛
– بعض الفصول من الباب الأول من القسم السابع من نفس الكتاب المتعلقة بالإثبات بالكتابة، وهي الفصل 417 المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05 والفصول 1-417 و 2-417 و 3-417 التي أضيفت بموجب هذا الأخير. والفصول 425 و 426 و 440 كما عدلت وتممت بالقانون رقم 53.05 التي سوف نتطرق إليها ضمن هذا الحيز من الدراسة؛
– الفصل 443 المعدل والمتمم بنفس القانون الذي استهل به المشرع الإثبات بشهادة الشهود؛
– الفصول من 6 إلى 11 التي أفردها القانون رقم 53.05 للتوقيع الإلكتروني المؤمن، والفصول من 15 إلى 28 منه التي تطرق طيها إلى المصادقة على التوقيع الإلكتروني.

Scanné avec CamScanner

الاعتراف بالقيمة القانونية للكتابة الإلكترونية، وبالتوقيع الإلكتروني[82] مع شروط تأمينه والمصادقة عليه.

وقياسا على الدليل الكتابي الورقي، فإن الدليل الكتابي المعد بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، ينتج عن وثيقة[83] رسمية أو عرفية.

وفي هذا الصدد ينص الفصل 417 المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05 على أن:

"الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية، ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمذكرات

82- تنص المادة 2 من قانون الأونيسترال النموذجي لسنة 2001 في تعريفها للتوقيع الإلكتروني على أنه:
"بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".
وعليه، فإن التوقيع الإلكتروني يقوم بوظيفتين، هما: تحديد هوية صاحب التوقيع والتعبير عن رضى الشخص بمضمون السند وموافقته عليه، واتجاه إرادته إلى الالتزام بمضمونه".

83- صحيح أن المشرع استعمل في عدد من فصول القانون رقم 53.05 لفظ "الوثيقة" إلا أنه لم يعط تعريفا لها، لكن بالرجوع مثلا إلى الفقرة (د) من الفصل الأول من-الظهير الشريف رقم 1.00.222 الصادر في 5 يونيو 2000 بتنفيذ القانون رقم 99.02 المغيرة والمتممة بموجبه مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المصادق عليها بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 177.399 بتاريخ 9 أكتوبر 1977. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4804 بتاريخ 15 يونيو 2000. ص 1652- يعرف المشرع الوثيقة (المحرر) بأنها: "كل حامل يتضمن مجموعة من المعطيات أو المعلومات كيفما كانت نوعية الطريقة التقنية المستعملة، مثل الورقة والأشرطة الممغنطة والأسطوانات اللينة والأفلام الدقيقة".
وعلى العموم، فإن الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني، هي عبارة عن إشارات أو رموز ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها، على أن يكون بالمستطاع التعرف بصفة قانونية على من صدرت عنه.

Scanné avec CamScanner

والوثائق الخاصة، أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها.
إذا لم يحدد القانون قواعد أخرى، ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبت في المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة".

وسواء كانت الوثيقة رسمية أو عرفية، فإنها تتمتع بقوة الإثبات التي للورقة العادية[84] شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها؛ وبتعبير آخر، فإنه لابد من أن يكون بالإمكان تحديد شخصية مصدر الوثيقة، وأن يتم إنشاؤها بشكل يضمن سلامتها، ثم أن يتم حفظها على نحو يضمن سلامتها.

ومن أجل إضفاء الصبغة الرسمية على الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني، يجب أن يثبت فيها موظف عام له صلاحية التوثيق بطريقة إلكترونية، ما تم على يده أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[85].

والجدير بالملاحظة أن المتعامل في الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني يتعامل مع جهة وليس مع شخص، ومن ثم فإن هذه الجهة تقوم بإصدار شهادات لها صبغة الرسمية لكونها صادرة عنها بوصفها شخصية اعتبارية مختصة موضوعا وزمانا ومكانا، مما يعني أن

84- وهو ما يؤكده صراحة الفصل 1-417 الذي أضيف بالقانون رقم 53.05 بقوله في الفقرة 1 منه:
"تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق".

85- وهو نفس التعريف الذي تبناه القانون رقم 53.05 بطريقة غير مباشرة من خلال الفقرة 2 من الفصل 2-417 :
"تصبح الوثيقة رسمية إذا وضع التوقيع المذكور عليها أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق".

الشهادات الصادرة من مقدمي خدمات المصادقة يجب أن تكون محددة لشخص معين ولفترة زمنية معينة[86].

وتكون للوثيقة المعدة بشكل إلكتروني أو الموجهة بطريقة إلكترونية صفة الوثيقة العرفية، إذا كان بالإمكان التعرف بكيفية قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، ومعدة ومحفوظة وفق شروط تضمن تماميتها[87] وأن تحمل توقيعا يتيح التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عنها، على أن يكون هذا التوقيع مؤمنا[88] وأن تذيل بتاريخ ثابت.

وتعتبر الوثيقة العرفية المحررة بشكل إلكتروني دليلا على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حين يعمل كل واحد منهم باسم مدينه، ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير، إلا إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

وإذا كانت الكتابة تجوز في الورقة العرفية العادية بيد غير الشخص الملتزم بها، شريطة أن تكون موقعة منه- أي من الملتزم

86- أنظر الفقرة 2 من الفصل 2-417 المضاف بالقانون رقم 53.05 والفقرة 1 من الفصل 419 من ق.ل.ع.

87- الفقرة 2 من الفصل 1-417 المضاف بالقانون رقم 53.05.

88- يكون التوقيع إلكترونيا باستعمال وسيلة تعريف موثوق بها تضمن ارتباطه بالوثيقة المتصلة به. وتتمثل الوسيلة المذكورة في المعدات أو البرمجيات أو هما معا، وكذا الإجراءات الملائمة التي من شأنها أن تؤمن المعلومة من الاستعمالات الخاطئة أو غير المشروعة وتضمن حمايتها وسريتها.
ويعتبر التوقيع الالكتروني مؤمنا إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتمامية الوثيقة القانونية مضمونة وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، ولا يعتد به كتوقيع إلكتروني مؤمن إلا إذا استوفى الشروط المنصوص عليها في المادة 6 من القانون رقم 53.05.
أنظر الفقرة 3 من الفصل 2-417 المضاف بالقانون رقم 53.05. والمادتان 8 و 9 منه. والفقرة 2 من الفصل 3-417 المضاف بنفس القانون.

Scanné avec CamScanner

نفسه- وأن يرد في أسفل الورقة، فإنه إذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال[89].

وللإشارة، فإن النسخ التي تؤخذ عن أصول الوثائق الرسمية وكذلك العرفية، تتمتع هي الأخرى بنفس قوة الإثبات التي لأصولها شريطة أن يشهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ، الشيء الذي يقضي به الفصل 440 المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05 حيث ينص على ما يلي:
"النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها، إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ. ويسري نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي.
تقبل للإثبات نسخ الوثيقة القانونية المعدة بشكل إلكتروني، متى كانت الوثيقة مستوفية للشروط المشار إليها في الفصلين 1-417 و 2-417 وكانت وسيلة حفظ الوثيقة تتيح لكل طرف الحصول على نسخة منها أو الولوج إليها".

3- العقد العيني

إن العقد العيني ليس إلا مظهرا مخففا من العقد الشكلي، بحيث أدى إليه تطور القانون الروماني وسعيه نحو التحرر من الأوضاع الشكلية التي كانت تسوده، وذلك بقبول الاكتفاء في بعض العقود بتسليم الشيء موضوعها، وانتقل منه إلى القانون الفرنسي، ومن هذا الأخير إلى القوانين التي استقت أحكامها منه؛ وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهها إليه الفقه المعاصر، باعتباره من أنواع العقود التي تنتمي إلى

89- أنظر الفقرتان1 و3 من الفصل2-417 والفصل 3-417 المضاف بالقانون رقم 53.05. والبند 6 من الفقرة 1 من الفصل 425 والفقرات 1 و 2 و 3 من الفصل 426 المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05.

Scanné avec CamScanner

القانون الروماني، فإنه ما يزال حاضرا في التشريعات المدنية الحديثة منها قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي احتضن نماذج منه كالوديعة[90] والعارية[91] والرهن الحيازي[92].

ويتميز العقد العيني، بكونه يقتضي تسليم الشيء المعقود عليه من أحد المتعاقدين إلى الآخر، علاوة على ارتكازه على الرضى. والتسليم هنا يعد ركنا إضافيا ضروريا لقيام العقد – مثلما هو الأمر بالنسبة للشكل في العقد الشكلي- وبالتالي يجب عدم خلطه بالتسليم كالتزام في بعض العقود[93] علما أنه يسوغ للمتعاقدين الاتفاق على جعل عقد رضائي، عقدا عينيا لا يتم إلا بتسليم المعقود عليه من أحدهما إلى الآخر.

ثانيا- العقود التبادلية وغير التبادلية

1- تقابل الالتزامات في العقود التبادلية

ينشئ العقد التبادلي منذ تكوينه التزامات متقابلة في ذمة طرفيه معا إذ يكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر، بعكس العقد غير التبادلي

90- الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئا منقولا إلى شخص آخر يلتزم بحفظه ويرده بعينه.

91- عارية الاستعمال عقد بمقتضاه، يسلم أحد طرفيه للآخر شيئا لكي يستعمله خلال أجل معين أو في غرض محدد على أن يرده بعينه.
أما عارية الاستهلاك أو القرض، فهي عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى لاستعمالها.

92- الرهن الحيازي عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته، شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا لضمان الالتزام. وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين؛ وهو لا يتم الرهن الحيازي إلا بتراضي طرفيه على إنشاء الرهن؛ وزيادة على ذلك بتسليم الشيء المرهون فعلا إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المتعاقدون.

93- كعقد البيع مثلا حيث يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع وكذا بضمانه.

الذي يولد التزامات لأحدهما دون الآخر فيكون دائنا غير مدين ويكون الثاني مدينا غير دائن؛ وعلى هذا الأساس، فإن وجه الفرق بين العقدين يكمن في عنصر التقابل في الالتزامات الموجود في الأول دون الثاني الشيء الذي تنتج عنه آثار قانونية مهمة.

وعلاقة بالموضوع، يذهب أحد رجال الفقه القانوني، إلى أنه لا توجد عقود ملزمة للجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد بطبيعتها، وإنما هما مصطلحين يعبران عن لحظتين مختلفتين في حياة نفس العقد أكثر مما يعبران عن عقدين مختلفين[94].

2- آثار تقابل الالتزامات في العقود التبادلية

يمكن إجمال الآثار الأساسية الناجمة عن عنصر التقابل في الالتزامات الذي يتميز به العقد التبادلي في، جواز ممارسة الدفع بعدم التنفيذ، وإمكانية إقامة دعوى الفسخ، ثم إلقاء تبعة استحالة التنفيذ على المدين بالالتزام:

فالدفع بعدم التنفيذ وسيلة يتسلح بها أحد طرفي العقد وذلك بامتناعه عن تنفيذ التزاماته -مع بقاء العقد قائما- لحمل الطرف الآخر على الوفاء بالتزاماته المقابلة، وهو لا يتصور في العقد الملزم لجانب واحد، لأن الدائن ليس عليه أي التزام حتى يمتنع عن تنفيذه أو يدفع ضده بعدم التنفيذ.

وبتعبير آخر، فإن الدفع بعدم التنفيذ يعد وسيلة دفاعية ترتبط بالعقود التبادلية، ونظرا لأهميته فقد أخذت به معظم التشريعات المعاصرة وأدرجته ضمن قوانينها المدنية، منها قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي نص عليه[95] بقوله:

94- Roger Houin : la distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux . Edition 1937 .P 204.

95- في الفصل 235 منه.

Scanné avec CamScanner

"في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولا.

عندما يكون التنفيذ واجبا لصالح عدة أشخاص، يجوز للمدين أن يمتنع عن أداء ما يجب عليه لأي واحد منهم، إلى أن يقع الأداء الكامل لما يستحقه من التزام مقابل".

ويعني الدفع بعدم التنفيذ أن للمتعاقد الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه تجاه الطرف الآخر حتى يقوم هذا الأخير بتنفيذ ما التزم به إزاء الطرف الأول؛ وهو يتميز بمجموعة من الخصائص، منها أن ممارسته تتم بطريقة تلقائية دون حاجة للتقيد بالإجراءات القضائية، كما أنه حق مقرر بموجب نص قانوني.

وتتلخص الغاية من الدفع بعدم التنفيذ في الضغط على المتعاقد الممتنع عن تنفيذ التزاماته، أي أنه لا يروم إنهاء العلاقة العقدية بل تجميدها فقط إلى أن يفي هذا الأخير بما تعهد به بمقتضى العقد.

ولكي يكون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ مقبولا من الناحية القانونية ينبغي أن يكون العقد من صنف العقود الملزمة للجانبين، وأن تكون الالتزامات المتولدة عنه -العقد- ثابتة ومستحقة الأداء، وعندئذ فإن آثاره تشمل زيادة على أطراف العقد، الغير الذي ارتبط بهم بموجب علاقات قانونية سابقة كالخلف العام والخاص وباقي الدائنين الآخرين.

ومن اجتهادات القضاء في هذا المضمار:

- قرار المجلس الأعلى رقم 395 الصادر عن الغرفة المدنية في الملف المدني عدد 88.1792 بتاريخ 8 فبراير 1995. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 47. يوليوز سنة 1995. ص 31.

- قرار المجلس الأعلى رقم 323 الصادر عن الغرفة المدنية في الملف المدني عدد 84.592 بتاريخ 16 فبراير 1983. المنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى: المادة المدنية. الجزء الثاني. 1983- 1991. ص 54.

إلا أنه بالنسبة للغير، يجب لسريان هذه الآثار أن يكون حقه ناشئا في الفترة اللاحقة لإثارة الدفع بعدم التنفيذ، وإلا فإنها لا تمتد إليه احتراما للحقوق المكتسبة من لدن الغير حسن نية.

والجدير بالذكر، أن مبدأ حسن النية – الذي استطاع أن ينساب إلى العقود في القوانين المدنية الحديثة، لاسيما عند تحديد مضمونها وتعيين كيفية تنفيذها– أصبح من الالتزامات التي لها شأن كبير، وأبسط مثال على ذلك إدراجه في العقود كالشركة والبيع والإيجار والوكالة وغيرها، وأخذه بعين الاعتبار في منح المدين مهلة الميسرة، بل إن الارتفاع به إلى مصاف الشروط الأساسية للعقد يغني عن اللجوء إلى نظرية الغش والغبن والتدليس والاستغلال، وما في منحاها من النظريات التي تجد أساساها في هذا المبدأ الخلقي، الذي كرسه المشرع في قانون الموضوع[96] وكذا في قانون الشكل[97].
وما دام حسن وسوء النية مسألة تدخل في عالم النفس والضمير، فإن محكمة النقض تترك تكييفها لسلطة قاضي الموضوع التقديرية دون رقابة عليه في ذلك من لدنها.

وفيما يخص الفسخ، فمناطه هو حل العقد كنتيجة لعدم تنفيذه، ومن ثم فإنه يختلف عن الجزاءات المدنية الأخرى التي ترتبط بمرحلة تكوين العقد –كالإبطال والبطلان وعدم النفاذ– نظرا لعدم استكمال عناصر تكوينه وكذا عن المسؤولية العقدية التي تعد بمثابة أثر من الآثار التي تتمخض عن الإخلال بالالتزامات العقدية بصورة عامة.

96– في الفصل 477 من ق.ل.ع الذي جاء فيه أن:
"حسن النية يفترض دائما ما دام العكس لم يثبت" وكذا في فصول أخرى كالفصل 82 و 103 و 231 منه.

97– في الفصل 5 منه ذاهبا إلى أنه: "يجب على كل متقاض ممارسة حقوقه طبقا لقواعد حسن النية" تحت طائلة المساءلة عن الضرر الذي قد يلحق المرء من جراء كل تصرف كيدي أو تدليسي في مجال التقاضي.

وإذا كان الدفع بعدم التنفيذ يشكل وسيلة دفاعية قوامها حمل المدين على الوفاء بالتزاماته، فإن الفسخ بمختلف أنواعه يعد طريقا هجوميا الغرض منه هو حل العلاقة التعاقدية لامتناع أحد المتعاقدين عن التنفيذ وإعادة أطرافها إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد.

وهو من حيث أنواعه، قد يكون إما قضائيا أو قانونيا أو اتفاقيا:
فالفسخ القضائي هو قاعدة الأساس في مجال انحلال العقود ذلك أن معظم حالات الفسخ تتم عن طريق القضاء، وقد أشار إليه المشرع في قانون الالتزامات والعقود[98] قائلا:
"إذا كان المدين في حالة مطل، كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكنا، فإن لم يكن ممكنا، جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين.
إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي ما زال ممكنا، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين...
لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة".

أما الفسخ القانوني أو ما يسمى أيضا بالانفساخ، فلا يتقرر إلا عند ثبوت الأسباب الموجبة له وأبرزها استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن أو الغير؛ ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في قانون الالتزامات والعقود[99] من أنه:

98- في الفقرات 1 و 2 و 4 من الفصل 259 منه.
ومن ضمن التطبيقات القضائية لهذا النص:
- قرار المجلس الأعلى رقم 129 الصادر في الملف المدني عدد 942. 73 بتاريخ 25 فبراير 1981. المنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى: المادة المدنية. الجزء الأول: 1966-1982، ص 684.
- قرار المجلس الأعلى رقم 1036 الصادر في الملف المدني عدد 441.92. بتاريخ 25 ماي 1983. المنشور بمجلة المحاماة. العدد 26 .غشت 1987. ص 61.

99- ونقصد على وجه التحديد الفصل 659 منه.

Scanné avec CamScanner

"إذا هلكت العين المكتراة أو تعيبت أو تغيرت كليا أو جزئيا بحيث أصبحت غير صالحة للاستعمال في الغرض الذي اكتريت من أجله وذلك دون خطأ أي واحد من المتعاقدين، فإن عقد الكراء ينفسخ، من غير أن يكون لأحدهما على الآخر أي حق في التعويض، ولا يلزم المكتري من الكراء إلا بقدر انتفاعه وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر".

ويضاف إلى الفسخ والانفساخ، الفسخ الاتفاقي الذي كما تدل عليه تسميته يتقرر باتفاق الأطراف على إدراج شرط فاسخ صريح في العقد ذلك الاتفاق الذي ألمح إليه المشرع[100] ذاهبا إلى أنه:
"إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته، وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

وإذا كان الفسخ الاتفاقي يحصل بتراضي الأطراف عليه، فإنه مع ذلك لا يغني عن رفع دعوى الفسخ ولا عن توجيه إنذار للمدين، الشيء الذي يميزه عن الانفساخ الذي يثبت بكيفية تلقائية ودون رفع دعوى أمام القضاء، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإنه لما يتقرر الفسخ القضائي أو الفسخ القانوني، تنحل تبعا لذلك العلاقة التعاقدية، مما يترتب عليه إعادة الأطراف إلى وضعية ما قبل التعاقد إن كان ذلك ممكنا، وإلا فإن للمحكمة استنادا إلى ما تتمتع به من سلطة تقديرية، أن تحكم بالتعويض أو باستبدال الشيء محل التعاقد بآخر إن كان له ما يقابله في السوق. وغني عن البيان، أنه يصعب تصور مثل هذا الأثر بالنسبة لعقود المدة أو العقود الزمنية أو العقود المستمرة التي تنبني في إنتاج آثارها على الاستمرارية، لذا فإن آثار الفسخ تنجر إلى المستقبل.

أما بالنسبة لتبعة استحالة التنفيذ، فإنه إذا استحال التنفيذ لسبب أجنبي، أي دون خطأ من أحد الطرفين في العقد التبادلي، فإن هذا الالتزام ينقضي، وينقضي الالتزام المقابل له، وبالتالي فإن تبعة

100- في الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

الاستحالة تقع على المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه، والذي لا يحق له مطالبة الطرف الآخر بشيء[101] بينما يتحمل تبعة الاستحالة في العقد غير التبادلي، ليس المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه، وإنما الطـرف الآخر صاحب الحق الذي يضيع حقه:

ففي البيع مثلا، إذا هلك المبيع بفعل قوة قاهرة، فإن البائع يتحلـل من الالتزام بنقل الملكية إلى المشتري وبالتالي لا يجوز له مطالبة هـذا الأخير بالثمن؛ وفي الوديعة بغير أجر يتحمل تبعة هلاك الشيء المودع وهو في حيازة المودع عنده، المودع، ويعفى المودع عنده من التزامـه برد الشيء، ما لم يكن ممـاطلا في الرد أو له دخل في الهلاك[102].

وهكذا، نخلص إلى أن العقد التبادلي -بحكم ارتكاز تكوينه علـى عنصر تقابل الالتزامات- يسمح بتطبيق الدفع بعدم التنفيذ، ورفع دعوى الفسخ، ناهيك عن أن تبعة استحالة التنفيذ تقع على المدين بالالتزام فيه خلافا للعقد غير التبادلي أو العقد الملزم لجانب واحد ذلك العقـد الـذي يجب عدم خلطه بالتصرف القانوني الصادر من جانب واحـد، أو مـا يسمى بتصرف الإرادة المنفردة، لأن عبارة من جانب واحد لما تطلـق

101- وهو ما يستشف من الفصل 338 الذي ينص على أنه:
"إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى سبب خارج عن إرادة المتعاقدين، وبدون أن يكون المدين في حالة مطل، برئت ذمة هذا الأخير، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب أداء ما كان مستحقا على الطرف الآخر.
فإذا كان الطرف الآخر قد أدى فعلا التزامه، كان له الحق في استرداد ما أداه كـلا أو جزءا بحسب الأحوال، باعتبار أنه غير مستحق".

102- في هذا المعنى ينص الفصل 808 بأن:
"المودع عنده لا يضمن:
أولا: الهلاك أو التعيب الحاصل بفعل الطبيعة أو نتيجة عيب في الأشياء المودعـة أو بسبب إهمال المودع.
ثانيا: حالات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، ما لم يكن مماطلا في رد الوديعة أو ما لم تكن القوة القاهرة قد تسببت بخطئه أو بخطأ الأشخاص الذين يسـأل عـنهم ويتحمل عبء إثبات القوة القاهرة أو إثبات عيب الأشياء المودعة، إذا كـان يأخـذ أجرا عن الوديعة، أو إذا كان قد تسلم الوديعة بحكم مهنته أو وظيفته".

على عقد، فإنها تتصل بآثاره لا بتكوينه، نظرا لأنه ينشأ بتوافق إرادتين أو أكثر، إلا أنه يولد التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، في حين أن العمل القانوني الانفرادي ينشأ بإرادة شخص واحد من غير أن يتوقف في ترتيب آثاره على إرادة أخرى، كما في الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور[103].

الفقرة الثانية: العقود من حيث تحديد الالتزامات ودور الزمن فيها

تتفرع العقود تبعا لمدى إمكانية تعيين التزامات كل متعاقد فيها أثناء التعاقد، إلى محددة القيمة واحتمالية، وبحسب ما إذا كان للزمن أم لا دور أساسي فيها إلى مستمرة وفورية.

أولا- العقود المحددة والاحتمالية

إن كل عقد يكون بمقدور المرء عند إبرامه أن يتبين قيمة الالتزامات المتمخضة عنه، أي يعرف مقدار ما يعطي وما يأخذ، يسمى عقدا محدد القيمة.

ويكون احتماليا أو عقد غرر[104] العقد الذي لا تتحدد وقت انعقاده الالتزامات التي يرتبها كلها أو بعضها وإنما تتوقف على عوامل مستقبلة

103- لأخذ فكرة عن الإرادة المنفردة، أنظر:
- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني. النظرية العامة للالتزام. الجزء الثاني: الإرادة المنفردة. الإثراء بلا سبب. المسؤولية التقصيرية. القانون. الطبعة الأولى. سنة 2000. من ص 7 إلى ص 39.

104- الغرر هو الاحتمال، وتتمثل أنواعه فيما يلي:
1- غرر في الوجود كبيع المعلوم وبيع شيء لم يخلق بعد.
2- غرر في الحصول كبيع ما لم يقبض.
3- غرر في المقدار كبيع رمية الصائد.
4- غرر في الجنس كبيع سلعة لم تحدد.
5- غرر في الصفة كبيع أرز لم تحدد صفته.

Scanné avec CamScanner

أو بالأحرى على حادث غير محقق[105] أي على واقعة يكون تحديد مقدار الالتزام رهينا بتحققها بحيث من شأنها أن تزيد أو تنقص منه، وهكذا يعتبر احتمال الربح والخسارة لكل من الطرفين أمرا جوهريا في هذا النوع من العقود لأن ما يسفر عنه الاحتمال هو الذي يحدد مدى الأداء الواجب في العقد .

ومن العقود الاحتمالية أو عقود الغرر، عقود المقامرة أو المراهنة التي قرر المشرع بطلانها بقوة القانون بقوله[106] :

"كل التزام سببه دين المقامرة أو المراهنة يكون باطلا بقوة القانون"غير أنه استثنى[107] "اللعب والمراهنة على سباق الأشخاص وسباق الخيل أو على الرماية أو على المباريات التي تجري على الماء أو على غير ذلك من الأمور التي تتعلق بالمهارة والرياضة وذلك بشرط:

أولا: ألا تحصل المراهنة من أحد المتبارين للآخر.

ثانيا: ألا تحصل المراهنة بين المتفرجين بعضهم مع بعض".

وينبني على تقسيم العقود إلى محددة القيمة وغير محددة القيمة أو احتمالية، أنه في الأولى يمكن أثناء إبرامها تحديد قيمة التزامات كل متعاقد، مما يسعف في الكشف عن مدى انطواء التصرف على عدم

6- غرر في الزمان كبيع مؤجل لم يحدد فيه موعد تسليم المبيع أو الثمن.

7- غرر في المكان كبيع لم يحدد فيه مكان التسليم.

8- غرر في التعيين كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.

- رفيق يونس المصري، فقه المعاملات المالية، الطبعة الأولى سنة 2005، ص 138، ص139.

105- المقصود به الواقعة التي يتوقف عليها تحديد الالتزام الذي يجهل مقداره في العقد الاحتمالي، كما في التأمين ضد الحوادث، أو التأمين على الحياة.

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني:النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 144.

106- في الفصل 1092 من قانون الالتزامات والعقود.

107- في الفصل 1097 من نفس القانون.

Scanné avec CamScanner

التعادل في الالتزامات، أي على غبن أم لا، أما في الثانية فيتعذر ذلك ما دام أنه لا يمكن فيها تقدير هذه الأخيرة منذ البداية.

ثانيا- العقود الفورية والمستمرة

1- دور الزمن في كل من العقد الفوري والمستمر

من الملاحظ بالنسبة للعقد الفوري أنه لا يكون للزمن دخل في تحديد مقدار ما يؤدى من الالتزامات المتولدة عنه، وإن كان له دخل في تعيين أجل تنفيذها، بمعنى أنه ينتج آثاره القانونية لحظة إبرامه، وقد يتأخر التنفيذ إلى أجل لاحق، دون أن يشكل الزمن عنصرا أساسيا فيه ومن ثم، فإن الخاصية الأساسية للعقد الفوري هي كونه يستنفد كل آثاره مرة واحدة ولا يعتمد على الزمن الذي قد يتخلله كعنصر عرضي باتفاق صريح، وعندئذ لا يراد به سوى نقل التنفيذ من وقت انعقاد العقد إلى وقت لاحق.

ويتميز العقد المستمر بأن المعقود عليه فيه يكون منفعة أو عملا ويكون للزمن دور حاسم ليس فحسب في تكوينه، ولكن أيضا في ترتيب آثاره، وهكذا يضيق أو يتسع نطاق الالتزامات تبعا لقصر أو طول المدة التي ينفذ خلالها العقد.
والجدير بالذكر، أن الزمن يكون عنصرا جوهريا في الالتزامات التي تمتد بطبيعتها في الزمان بحيث لا تتصور دون فكرة المدة، لاسيما وأن الانتفاع بالشيء لا يقاس إلا بها، والالتزامات التي هي من هذا القبيل تتسم بالاستمرارية وبالتالي ينبغي أن تؤدى في كل لحظة طول المدة المتفق عليها دون انقطاع[108].

108- إذا كان محل العقد بطبيعته مما لا يدخل الزمن في تحديده فإن للطرفين مع ذلك الاتفاق على تكرار هذا المحل بتجديد الزمن مدة ما، فيغدو هذا الأخير عنصرا جوهريا في تحديد محل العقد، الذي ينقلب من فوري إلى مستمر.
- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، الصفحات: 146 و 147 و 149.

Scanné avec CamScanner

2- أوجه الاختلاف بين العقد الفوري والمستمر[109]

إن الزمن يؤثر في العقد المستمر كما رأينا لأنه عنصر جوهري فيه بعكس العقد الفوري، وإذا كان هذا هو جانب الاختلاف الرئيسي بينهما، فإن ثمة فوارق أخرى تبرز تباينهما، نسوق منها ما يلي:

إن فسخ العقد الفوري يؤدي إلى زواله بأثر رجعي كمبدأ عام واعتباره كأن لم يكن، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه، واسترداد كل منهما ما دفعه تنفيذا له.
إلا أن هذا الإجراء الأخير قد لا يكون ممكنا في بعض الحالات، الأمر الذي يجعل المحكمة -استنادا إلى ما تتمتع به من سلطة تقديرية- تحكم بالتعويض المناسب لقيمة الشيء الذي تعذر استرداده؛ ولا يسري هذا الحكم على العقد المستمر الذي ينحصر أثر الفسخ في إنهائه بالنسبة إلى المستقبل، نظرا لأن هذا الصنف من العقود يتطلب نوعا من الاستمرارية لإنتاج آثاره، خصوصا وأن طبيعته تقوم على استهلاك المنافع والخدمات بكيفية متعاقبة، مما يصعب معه إرجاع الأطراف إلى وضعية ما قبل التعاقد.

كذلك، فإن وقف تنفيذ العقد الفوري لا يؤثر في مقدار ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنه، لأنه لا يعدو أن يكون سوى إرجاء لأدائها فحسب، بينما يترتب على وقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة -إما برضى عاقديه أو بسبب أجنبي لا يد لهما فيه- انتقاص ما يؤدى من التزام بالموازاة مع مدة الوقف[110].

109- بالنسبة للعقد الفوري والعقد المستمر بما في ذلك أوجه الاختلاف بينهما أنظر:
- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، من ص 145 إلى ص 151.
- عبد القادر العرعاري، نفس المرجع السابق، من ص 34 إلى ص 36.

110- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 35 وص 36.

هذا، فضلا عن أنه يمكن تعديل الالتزامات التعاقدية لحدوث ظروف طارئة، لكن على الرغم من المسحة الدينية والخلقية التي تتسم بها هذه النظرية، فإن التشريعات المدنية المشبعة بالروح الفردية رفضت التسليم بها وإدخالها إلى دائرتها.
بيد أن النتائج الوخيمة التي شهدها العالم عقب الحربين العالميتين على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي، جعلت العديد من هذه التشريعات يقر النظرية، التي تسعف المتعاقد الذي اختل توازن عقده اقتصاديا وتستجيب بالتالي لحاجة ملحة تقتضيها العدالة.

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة بمعناها هذا تشكل مدخلا لتحكم القاضي وسببا لرفع الحجر عنه في تعديل العقود، فإن التقنينات الآخذة بها أبت إلا أن تحيطها بمجموعة من الشروط، وأن تضع لها نوعا من الجزاء، وترتب عليها أثرا يختلف بطبيعته من تقنين إلى آخر.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن بعض الأحكام التي تنظم العلاقات التعاقدية في شرائع العصور القديمة، تنبئ عن وجود تطبيقات للنظرية كما كرسها الكنسيون وأقاموا قواعدها على العدالة، وأخذ بها أئمة الفقه الإسلامي وطبقوها في أوسع نطاق لاسيما في عقود الإيجار.
وشغلت رجال الفقه في العصور الحديثة خاصة وأنها تعطي للقاضي مكنة تعديل أو فسخ العقد، ناهيك عن أن جل التشريعات حرصت على احترام مبدأ سلطان الإرادة فيما لا يخالف النظام العام والآداب العامة.

وإذا كانت هذه النظرية قد لاقت صدرا رحبا في محيط القانون الدولي العام، ونشطت في حقل القانون الإداري والقضاء الإداري، فإن أمرها ليس كذلك في القانون الخاص وعلى وجه التحديد في القانون المدني، إذ رفضتها غالبية الفقه وتشبث القضاء في مجمل اجتهاداته

– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 149 وص 150.

Scanné avec CamScanner

وقراراته بأهذاب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بينما تباينت مواقف التشريعات إزاءها:

فإذا كانت مدونة نابليون لسنة 1804 مثلا، تعتبر معلمة تشريعية تتميز بمناصرتها للمذاهب الليبرالية والنزعات الفردانية، فلا عجب أن يكون التشريع الفرنسي نموذجا بارزا للقوانين الرائدة في احترام مبدأ سلطان الإرادة ومعاداة نظرية الظروف الطارئة.

غير أن إرهاصات الحربين العالميتين ومخلفاتهما وهيمنة المذاهب الاشتراكية، جعلت المشرع الفرنسي يضطر إلى سن مجموعة من القوانين لحالات خاصة تعدل أو تفسخ بموجبها العقود بسبب تغير الظروف الاقتصادية.

وعلى العكس من ذلك، يعتبر التشريع المدني المصري الجديد سباقا في هذا المضمار، حيث إنه ثالث تقنين اشتمل على نص عام في الظروف الطارئة التي تلقاها عن قانون الالتزامات البولوني والقانون المدني الإيطالي وحاكى في تطبيق أحكامها القضاء الإداري الفرنسي لكنه لم يقتصر على القاعدة العامة التي تنظمها، وإنما أخذ بتطبيقات لها في عقود الإيجار وعقود المقاولات.

وهو بدون مبالغة لعب دورا حيويا في نشرها، فشقت طريقها إلى مجموعة من التشريعات العربية، وجاءت صياغتها في المادة 147 منه على النحو التالي:

"العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

أما التشريع المغربي، فلا يحمل بين دفتيه بندا ينص على النظرية بالمفهوم الذي تقضي به القوانين المدنية الأخرى كالمصري والجزائري والبولوني والإيطالي وغيره، وهو شيء بديهي ومنطقي لأن قانون الالتزامات والعقود خرج إلى الوجود قبل أن تضع النظرية أسسها وترخي بمبادئها إلى التشريعات، وفي المقابل هناك بعض المقتضيات في إطاره تجيز تعديل أو فسخ الاتفاقات التعاقدية لظروف لن تكن في الحسبان[111].

ولعل من أبرز الأمثلة التي يمكن سياقها في هذا المضمار، تعديل عقود كراء الأراضي الفلاحية، إذ بناء على الفقرة الثانية من الفصل 710 ينشأ لمكتري الأرض الفلاحية الذي تلف زرعه نتيجة حادث غير متوقع، حق تخفيض بدل الكراء بشرط أن تتجاوز الخسارة النصف[112].

وفيما يتعلق بالقضاء المدني، فتسجل له صلابته وعداؤه لنظرية الظروف الطارئة حيث إنه لم يحد عن عادته في احترام القوة الملزمة للعقد لا في فرنسا ولا في مصر، وينضم إليهما القضاء المغربي.

وخلاصة القول، فإن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن عقدا يتراخى تنفيذه إلى أجل ويطرأ عند حلوله تغير في الظروف الاقتصادية بسبب حوادث استثنائية غير متوقعة يصبح معها التنفيذ مرهقا يهدد المدين بخسارة فادحة، الشيء الذي دعا الفقه والقضاء والتشريع-

111- أنظر في هذا الشأن:
- أسامة عبد الرحمان، نظرية العذر وآثارها على الالتزام التعاقدي. أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص. السنة الجامعية: 1990. ص392. جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.

112- تنص الفقرة المذكورة أعلاه على أنه:
"إذا كان هلاك الزرع جزئيا، لم يكن هناك محل لتخفيض الكراء أو لاسترداده بما يتناسب مع الجزء الهالك، إلا إذا تجاوز هذا الجزء النصف".

Scanné avec CamScanner

خروجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين- إلى الاعتـراف للقاضـي بسلطة التدخل في العقد لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقـول، عـن طريق توزيع تبعة هذه الحوادث بين الدائن والمدين-وذلك فـي ظـل الدول التي أخذت بها- دون فسخه بعد الموازنة بين مصلحتيهما.

وتتلخص الشروط الغالبة لإعمال أحكامها في أن يكون الالتـزام تعاقديا، وأن يكون الظرف ناشئا عن حادث استثنائي عام وغير متوقـع وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة.

أما عن مجال تطبيق أحكام النظرية، فيتمثـل فـي الالتزامـات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح، علما أن فئة من رجال الفقه القانوني قالت بإمكانية تطبيقها في كافة العقود، بينما استبعدت أخرى مـن هـذا الإطار العقود الاحتمالية لكونها تقوم بطبيعتها علـى احتمـال الـربح والخسارة، أي أنها تفتقر إلى عنصر مهم في النظرية هو عنصر عـدم توقع الإرهاق، ومالت جماعة من هؤلاء إلى حصر الميدان الذي تجول فيه هذه الأخيرة في عقود المدة - كان تنفيذها مستمرا كالكراء أو دوريا كالتوريد لأن تنفيذها يمتد إلى المستقبل فتجد فيه النظرية فسحـة مـن الزمن يختل أثناءها التوازن الاقتصادي، دون العقود الفورية -كالبيع- ولو تأجل تنفيذها إلى المستقبل، بدليل أن الزمن لا يؤلف عاملا أساسيا في تحديد قيمة الالتزام، على عكس بعض المواقـف التـي رأت بـأن حكمها يسري أيضا على هذا النوع من العقود لأن محورها الأساسـي هو أن يفصل بين إبرام العقد وتنفيذه فارق زمني.

وإذا كان التشريع المقارن يعهد لقاضي الموضوع بدور مهم فـي مجال تحديد الأثر الواجب إنزاله عند توفر الحادث على كافة الشـروط اللازمة لاعتباره ظرفا طارئا، وهو أثر قصرته التشريعات العربية على مراجعة شروط العقد عن طريق تعديلها، فإن مثيلاتها الأوربية تعتمـد

وسيلتي الفسخ والتعديل ويتباين نهجها بخصوص سلطة القاضي في تطبيقهما[113].

الفقرة الثالثة: العقود من حيث العوض وعدد العمليات القانونية فيها

بالنظر إلى ما إذا كانت العقود تشتمل على العوض اي المقابل أم لا، وعلى عملية قانونية واحدة أم على عدد منها، فإنها تنقسم إلى عقود معاوضة وتبرع، وإلى عقود بسيطة وأخرى مختلطة.

أولا- عقود المعاوضة والتبرع

1- تقابل العوضين في المعاوضة دون التبرع

الأصل في عقد المعاوضة أن يأخذ كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطي، أما في عقد التبرع فلا يأخذ أحدهما مقابلا لما يعطي لأن هذا النوع من العقود لا ينبني على تقابل العوضين مثلما في الأول.

ومن عقود المعاوضة البيع بالنسبة للبائع والمشتري، ومن عقود التبرع الهبة[114] - إذ فيها يعطي الواهب شيئا ولا يأخذ مقابلا ويأخذ

113- راجع بخصوص ما تم ذكره عن نظرية الظروف الطارئة:
- نورة غزلان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، من ص 417 إلى ص 440.

114- الهبة عبارة عن تمليك عين بدون عوض وهي قد تكون هبة عين أو هبة منفعة.
- رفيق يونس المصري، مرجع سابق، ص 241.
وهي في منطوق المادة 273 من الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 نونبر 2011، ص 5587- :" تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض".

الموهوب له الشيء دون مقابل يعطيه- وكذا العقود التي يلتزم فيها الشخص بأداء عمل أو خدمة لمصلحة الغير بدون عوض كما في الوديعة متى عقدت بغير أجر[115] وعارية الاستعمال[116].

وينعقد عقد الهبة بالإيجاب والقبول، ويجب -تحت طائلة البطلان- أن يبرم في محرر رسمي، ويشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية، مالكا للعقار الموهوب وقت الهبة، وألا يكون الدين محيطا بماله.

كما أنه عقد يتكون من عنصر مادي ألا وهو تصرف الواهب في ماله دون عوض، وعنصر معنوي يكمن في نية التبرع.

وعلى هذا الأساس، فإن الهبة تدخل في عموم عقود التبرع، حيث تجعل الموهوب له يثرى بدون عوض وتقترن بنية التبرع، وتعد من أعمال التصرف باعتبار أن الواهب يلتزم بنقل الملكية دون مقابل.

وغني عن البيان، أنه يجوز الرجوع في الهبة في حالات معينة، ويطلق على هذا الرجوع "الاعتصار" الذي يراد به رجوع الواهب في هبته، وهو يجوز في حالتين:

أولا: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا.

ثانيا: إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته.

ولا يمكن الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقته، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة الواهب.

ويجب عدم الخلط بين الهبة، التي يقصد بها تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض، والصدقة -التي نظمتها مدونة الحقوق العينية- والتي تفيد التمليك بغير عوض لملك، لوجه الله تعالى، كما تنص على ذلك المادة 290. وتسري عليها أحكام الهبة- تطبيقا للمادة 291 مع مراعاة ما يلي:

-لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا.

-لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث.

وللإشارة، فإنه بتاريخ 17 أبريل 2015 صدر المرسوم رقم 2.14.881 القاضي بتطبيق مقتضيات المادة 174 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6356 بتاريخ 30 أبريل 2015. ص 4119.

115- جاء في مطلع الفصل 790 من ق.ل.ع أن:
"الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر، ومع ذلك يستحق المودع عنده أجرا...".

116- ينص الفصل 835 من نفس القانون على أنه:
"من أسس عارية الاستعمال أن تكون على وجه التبرع".

وإذا كانت صفة المعاوضة أو التبرع لازمة لقيام بعض العقود - كالبيع والهبة- فإن هناك عقودا قد تتسم بإحداهما أو بالأخرى -كالوكالة والوديعة- بحسب ما إذا كان المتعاقد يأخذ أم لا مقابلا لما يعطي وعندئذ يكيف العقد على أنه معاوضة أو تبرع، استنادا إلى العملية القانونية في جملتها مع الأخذ بعين الاعتبار التزامات كل من الطرفين وطبيعة العلاقة بينهما وتوفر نية التبرع من عدمها[117].

2- الفرق بين عقد المعاوضة وعقد التبرع

إن للتفرقة بين عقد المعاوضة وعقد التبرع أهمية كبرى تتجلى على عدة أصعدة منها المسؤولية والضمان، الأهلية، والدعوى البوليانية:

فمسؤولية المتبرع عند الإخلال بالالتزام الملقى على عاتقه تكون أخف من مسؤولية المعاوض[118] أما عن الضمان، فهناك من يرى بأن الضمان في عقد المعاوضة أوسع بكثير منه في عقد التبرع وهناك من يذهب إلى أن التحمل بالضمان للعيب أو لتخلف الصفات إنما يقتصر في الواقع على العقد الأول، دون الثاني الذي يقوم على عدم الضمان[119].

وتتفاوت الأهلية بحسب ما إذا كان العقد معاوضة أم تبرعا، بحيث تشترط أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في عقد المعاوضة، ويتطلب في المتبرع أقصى درجات الأهلية، لأنه يجري

117- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 153.

118- في الوديعة مثلا يسأل المودع عنده عن عدم اتخاذ الاحتياطات التي يشترطها العقد، ويضمن الهلاك أو التعيب الحاصل بفعله أو إهماله -الفصل 806- وإذا كانت بأجر أو تقتضيها وظيفته -الفصل 807- فإنه يسأل عن أي سبب كان يمكنه التحرز منه.

119- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 39 و ص 40.

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 155 و ص 156.

Scanné avec CamScanner

عملا يضره ضررا محضا، وأخفها في المتبرع له، لكونه يباشر عملا ينفعه نفعا محضا.

أما الدعوى البوليانية[120] فيقصد بها عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنيه وهو تصرف تتباين شروط الطعن فيه تبعا لنوع العقد، فإذا كان معاوضة اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون المتصرف إليه على علم به، وإذا كان تبرعا فلا يجب شيء من ذلك، ويعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن ولو لم يرتكب المدين المتبرع غشا، وكان المتصرف إليه الذي صدر له التبرع حسن النية.

وبتعبير آخر، فإنه لا يحق للدائنين الاستفادة من الدعوى البوليانية في عقود المعاوضات، إلا بإثباتهم حالة التواطؤ بين مدينهم ومن تعامل معه، بينما لا تكون ثمة حاجة إلى مثل هذا الإثبات في عقود التبرع لافتراض وجوده فيها.

ثانيا: العقود البسيطة والمختلطة

إن العقد البسيط عقد يتناول عملية قانونية واحدة، ويكون إما مسمى كالبيع، أو غير مسمى مثل العقد الذي بموجبه تضع إدارة مستشفى عددا من المختبرات تحت تصرف كلية الصيدلة من أجل البحث العلمي، وبالتالي فإنه يكتسي وصفا واحدا ولا يترك مجالا للشك

120 – إذا كان الدائن يدفع عن نفسه تهاون المدين إذا سكت عن المطالبة بحقوقه لدى الغير، بواسطة الدعوى غير المباشرة، فإنه يدفع عن نفسه غشه، متى لجأ إلى التصرف في ماله إضرارا بحقوق الدائنين وذلك عن طريق الدعوى البوليانية التي بموجبها يطعن في هذا التصرف ويستبقي بذلك مال المدين في ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه وفق ما أشرنا إليه أعلاه.

– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 156.

– عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 40.

Scanné avec CamScanner

في طبيعته؛ بخلاف العقد المختلط الذي تتحد فيه عناصر أكثر من عقد أو بالأحرى يشكل مزيجا من عقود اختلطت فأصبحت عقدا واحدا[121].
والملاحظ، أن أغلب العقود غير المسماة هي مزيج من عقود مسماة كما في الاتفاق بين صاحب الفندق والنزلاء الذي هو عبارة عن عقد غير مسمى يجمع بين عقد الإيجار والبيع والوديعة والعمل.

وإذا كان العقد البسيط لا يثير إشكالا من حيث القواعد الواجبة التطبيق، فإن العقد المختلط تتمخض عنه وضعيتان، إحداهما يهدف فيها المتعاقدان إلى تحقيق عدة أغراض، وهنا تسري على كل عقد الأحكام الخاصة به، والأخرى يقتصران فيها على واحد منها، وهو أمر صعب عمليا بسبب تنافر أحكام العقود، لذا يغلب العقد الذي يعتبر أساسيا في مجموع العمليات القانونية ويطبق حكمه على التعاقد كله[122].

الفقرة الرابعة: العقود من حيث المساومة واشتراط قبول جميع المتعاقدين

تتفرع العقود كذلك اعتبارا لطريقة وقوع التراضي بين أطراف العقد، وانطلاقا مما إذا كانت تقتضي قبول كل واحد من المتعاقدين أو يقتصر فيها على قبول الأغلبية فقط، إلى عقود مساومة وإذعان، وإلى عقود فردية وجماعية.

أولا: عقود المساومة والإذعان

يصطلح على العقد الذي يحصل فيه التراضي على أساس المساواة بين طرفيه، وتجري المناقشة في بنوده وشروطه بمطلق الحرية بينهما

121- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 156.
- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 42.

122- أنظر في هذا الشأن:
- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 157.

عقد المساومة كالبيع والإيجار وغيرهما من العقود التي تتم بالمفاوضة على وجه التعادل بين المتعاقدين.

وعلى عكس سابقه، يبرم عقد الإذعان دون مناقشة بين عاقديه بحيث يستطيع أحدهما بحكم وضعه الفعلي أو القانوني أن يفرض على الآخر شروط العقد فلا يكون له الحق في التفاوض بشأنها وإنما فقط الرضوخ والإذعان لها، ويكون الأمر كذلك في الحالات التي يحتكر فيها أحد الأطراف مرفقا يعرض على الجمهور بصورة دائمة خدمات أو سلع، مثل الشركات التي تتولى توزيع الماء والكهرباء والغاز ونحو ذلك.

ويعتبر عقد الإذعان ظاهرة أفرزها التطور الاقتصادي الذي أصبح يفرض على القابل التسليم بشروط مقررة وضعها الموجب سلفا ولا يسمح بمناقشتها.

ولعل الطبيعة المتميزة لمثل هذا الصنف من العقود، هي التي جعلته يتسم بخصوصيات معينة، منها أنه يتعلق بسلعة أو خدمة مما يعد من الضروريات بالنسبة لجمهور الناس، وأن الموجب يحتكر هذه الأخيرة، أو تكون المنافسة بينه وبين غيره في عرضها محدودة النطاق ثم إن الإيجاب يكون فيه عاما ودائما ويوجه إلى الجمهور أو إلى طائفة منه تتوفر فيها صفات محددة، ويصدر بكيفية قاطعة مشتملا على شروط العقد الجوهرية والتفصيلية التي لا يمكن مناقشتها، أما القبول فيكون عبارة عن رضوخ للشروط الواردة في الإيجاب[123].

وإذا كانت جل التشريعات المدنية الحديثة قد عمدت إلى سن نصوص آمرة تحمي الطرف المذعن من تعسف الطرف الآخر واعترفت للقاضي بسلطة تخوله إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية التي

123- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 158 إلى ص 161.
- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 37 وص 38.

يفرضها المحتكر، كالقانون المدني المصري الذي ينص في المادة 149 منه على أنه:

"إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة.

ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"؛ فإن المشرع المغربي لم يضع نصا عاما في هذا الباب يكرس المبدأ المذكور كما أشرنا إليه آنفا.

ثانيا: العقود الفردية والجماعية

يسمى عقدا فرديا كل عقد لا يقوم إلا بتوفر قبول كل واحد من المتعاقدين كما في عقد شركة الأشخاص الذي لابد فيه من رضى كل شريك؛ أما العقد الجماعي، فهو العقد الذي يكتفى فيه بقبول أغلبية أطرافه أما الأقلية فتجد نفسها مقيدة به رغم أنها لم تشارك في إبرامه من ذلك مثلا قرارات أغلبية المالكين على الشياع التي تكون ملزمة للأقلية فيما يتعلق بإدارة المال المشاع والانتفاع به، بشرط أن يكون لهؤلاء ثلاثة أرباع هذا المال[124].

الفقرة الخامسة: العقود من حيث تنظيمها القانوني

إنه التقسيم الذي يدور حوله موضوع دراستنا، لذا سنقتصر هنا - إلى أن نتطرق إليه في المكان المناسب- على الإيماءة إلى أن مجموعة من الدراسات في هذا المجال تذهب إلى أن العقود بحسب ما إذا كان المشرع قد خلع عليها اسما خاصا بها تتميز به عن غيرها من العقود ونظمها بأن سن لها أحكاما معينة، تتفرع إلى عقود مسماة، وهي

124- حسبما ورد في الفقرة 1 من الفصل 971 من قانون الالتزامات والعقود، أما الفقرة 2 فتقضي بأنه:
"إذا لم تصل الأغلبية إلى الثلاثة أرباع، حق للمالكين أن يلجأوا للقاضي، ويقرر هذا ما يراه أوفق لمصالحهم جميعا، ويمكنه أن يعين مديرا يتولى إدارة المال المشاع أو أن يأمر بقسمته".

المقصودة بهذا الاهتمام، وأخرى غير مسماة أو غير معينة، لم تحظ من لدنه باسم أو تنظيم.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثاني
تقنيات تحديد مضمون العقود

سبقت الإشارة إلى أن الغاية من تصنيف العقود تكمن إجمالا في جمع شتاتها على الرغم من تعددها واختلافها، في إطار مجموعات أو فصائل يتخلل كل واحدة منها نوع من الانسجام نتيجة ارتكازها على معيار أو ضابط معين.

ومن هذا المنطلق، يمكن القول إن التصنيف يسمح بتحديد كل عقد ضمن هذه المجموعات، ومحصل ذلك أننا نكون إزاء تصنيفين للعقود،أحدهما تصنيف بالجنس، والآخر تصنيف بالنوع: فالبيع والمعاوضة مثلا كلاهما من العقود الناقلة للملكية وهذا تصنيف بالجنس لكنهما مختلفان من حيث النوع؛ إذ في الأول يتم نقل ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن، أما في الثاني فيتم نقل الملكية من المتعاوضين معا ولا يكون المقابل ثمنا كما في البيع، بل شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا من نفس النوع أو من نوع آخر[125].

وإذا كان الوضع المألوف هو تنفيذ العقد بحسن نية وبكيفية تلقائية استنادا إلى البنود التي تتضمن ما اتفقت عليه الأطراف المتعاقدة من التزامات، فإن ثمة حالات قد ينشأ فيها النزاع بشأن هذه الأخيرة، الشيء الذي يستدعي تدخل القضاء لاستجلاء ما يكتنف العقد من غموض وما يعتريه من لبس، وذلك بعد تفسيره دون أي تحريف وتكييفه لمعرفة طبيعته القانونية والوقوف على وصفه الصحيح.

وهكذا فإن تحديد مضمون العقد يستدعي الكشف عن حقيقته من خلال تفسيره وتكييفه، في ضوء ما حصل الاتفاق عليه وكذا بالرجوع إلى بعض العناصر التي لها أهمية في هذا المضمار، لأن كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا

125- كما يستفاد من الفصلين 478 و 619 من ق.ل.ع.

بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته[126].

ولعل من أبرز التقنيات التي تسعف في تحديد مضمون العقد التفسير ثم التكييف اللذين ارتأينا أن نتناولهما ضمن هذا المطلب تباعا على الشكل التالي:

الفقرة الأولى : تفسير العقود

نتناول ضمن هذه الفقرة تحديد ماهية التفسير محاولين إبراز معناه وحالاته، ونطاق السلطة التي يتمتع بها قاضي الموضوع في هذا المجال، إلى جانب الوقوف على العلاقة بين تفسير العقود وتحريفها.

أولا: ماهية تفسير العقد

إن استخلاص مضمون العقد يتوقف في جانب منه على الكشف عما قصدته الإرادة المشتركة للطرفين من خلال العبارات المستعملة في صياغته وكذلك بالنظر إلى الظروف والملابسات التي اكتنفت إبرامه. وبصيغة أخرى، فإن تحديد مضمون العقد أو موضوعه إنما يتم بمعرفة ما قصد طرفاه تحقيقه باتفاقهما، أي تفسير تعبيرهما عن الإرادة، لأنه انطلاقا من تحديد غاياتهما يتبين الوصف القانوني للعقد[127].

1- معنى تفسير العقد

يفيد تفسير العقد تلك العملية الذهنية التي يمارسها القاضي من أجل الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين معتمدا على الأساليب القانونية التي من شأنها أن تساعده على ذلك، ومهتديا بالقواعد التي وضعها المشرع كي يسترشد بها في هذا الباب.

126- وهو ما ينص عليه صراحة الفصل 231 من ق.ل.ع.
127- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 592.

Scanné avec CamScanner

2- ضوابط تفسير العقد

يحتوي قانون الالتزامات والعقود في الباب المتعلق بتأويل الاتفاقات، على مجموعة من النصوص تؤلف في مجملها تلك الضوابط أو القواعد التي تعد مقياسا لتوجيه القاضي عند إقباله على مهمة التأويل، منها على سبيل المثال، أن بنود العقد يؤول بعضها البعض بأن يعطى لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العقد، وإذا تعذر التوفيق بينها لزم الأخذ بآخرها رتبة في كتابة العقد، وإذا أمكن حمل عبارة بند على معنيين، كان حمله على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر أولى من حمله على المعنى الذي يجرده من كل أثر، وإذا ذكر في الالتزام المبلغ أو الوزن أو المقدار على وجه التقريب، وجب الأخذ بالتسامح الذي تقضي به عادات التجارة أو عرف المكان، وإذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف وبالأرقام، وجب عند الاختلاف الاعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف، ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط، وإذا كتب المبلغ أو المقدار بالحروف عدة مرات، وجب الاعتداد عند الاختلاف بالمبلغ أو المقدار الأقل، ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الغلط.

كذلك يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومدلولها المعتاد في مكان إبرام العقد، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص، وعند الشك يؤول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للملتزم.

أما التنازل عن الحق، فيجب أن يكون له مفهوم ضيق ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل، والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل منها[128].

128- راجع الفصول من 464 إلى 467 ومن 470 إلى 473 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

ثانيا: حالات تفسير العقد

من الناحية العملية لا يكون للتفسير موجب إلا إذا كانت ألفاظ العقد غامضة ومبهمة بحيث تحتمل أكثر من معنى، غير أن هذا لا يمنع من تفسير بعض العقود ولو كانت العبارات المستعملة فيها واضحة متى تطلب الأمر ذلك.

1- حالة العقد الغامض العبارة

ينص المشرع صراحة[129] على أنه:
"يكون التأويل في الحالات الآتية:
1- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد.
2- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بنفسها، أو كانت لا تعبر تعبيرا كاملا عن قصد صاحبها.
3- إذا كان الغموض ناشئا عن مقارنة بنود العقد المختلفة بحيث تثير المقارنة الشك حول تلك البنود...".

وتأسيسا على ما ذكر، فإن أوجه الغموض في العقد تتحقق لما تكون العبارات المستعملة فيه غير معبرة عن النية المشتركة للمتعاقدين أو حينما يكون لها أكثر من معنى مما يحمل على الشك في الغرض المقصود منه، بل إن الغموض قد ينشأ ليس فحسب عن الالتباس الذي يتخلل صيغته، وإنما أيضا عن صعوبة التوفيق بين الأجزاء المكونة له.

ونظرا لأنه يعتد في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني، فإنه يتعين البحث عن الغرض المقصود أثناء التعاقد، لاسيما وأن المشرع كرس هذا المبدأ بقوله[130]:

129- الفقرة 1 من الفصل 462 من ق.ل.ع.

130- في الفقرة الأخيرة من نفس الفصل المشار إليه في الهامش السابق.

Scanné avec CamScanner

"عندما يكون للتأويل موجب، ولزم البحث عن قصد المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل".

وانتحى المجلس الأعلى -أي محكمة النقض حسب التسمية الحالية[131]- نفس النهج في العديد من قراراته، منها مثلا قراره الصادر بتاريخ 20 ابريل 1966[132] الذي ورد فيه أن:

"لمحكمة الموضوع الحق في ألا تعتبر في العقود إلا معناها دون مبناها. وإنها حينما تقرر أن العقد المبرم بين الطرفين هو عقد كراء لا عقد شركة تصحح الوضع بالنسبة للتعبير الفاسد".

2- حالة العقد الواضح العبارة

الأصل أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها، فإنها لا تحتاج إلى تفسير ووجب على القاضي الأخذ بالمعنى الظاهر لها دون أن ينحرف عنه، أي أنه لا يجوز عنه العدول عن إرادة واضحة من خلال التعبير الذي اتخذته مظهرا لها إلى إرادة أخرى غيرها، الشيء الذي أكده المشرع في أحد نصوص قانون الالتزامات والعقود[133] ذاهبا إلى أنه:

131- بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.170 الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 58.11 – المنشور بالجريدة الرسمية عدد 59.89 مكرر بتاريخ 26 أكتوبر 2011. ص 5228 – تم استبدال تسمية المجلس الأعلى بمحكمة النقض. وللإشارة فإننا ارتأينا الإبقاء عل التسمية السابقة بالنسبة لسائر القرارات الصادرة قبل سنة 2011.

132- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 20 أبريل 1966. المنشور بمجلة القضاء والقانون. العدد 85-87. مارس 1967. ص 289.

133- ونقصد الفصل 461 منه ق.ل.ع.

"إذا كانت ألفاظ العقد صريحة امتنع البحث عن قصد صاحبها" كما قضى به المجلس الأعلى في مجموعة من قراراته، من ضمنها قراره الصادر بتاريخ 13 فبراير 1962 [134] الذي ورد فيه أنه:
"يجب على القضاة تطبيق الاتفاقات المبرمة بين الأطراف وليس لهم تغيير شروطها متى كانت واضحة بينة".

فالقاعدة إذن أن إعمال الشروط الواضحة المضمنة بالعقد هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض؛ غير أنه لا يكفي لاعتبار عبارة العقد واضحة، ومن ثم لا تتطلب أي تفسير، أن تكون واضحة في ذاتها، بل ينبغي أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة منها، إذ قد تكون العبارة في ذاتها واضحة ومع ذلك يشوبها الغموض بالنسبة إلى حقيقة مدلولها، كأن يحصل مثلا تنافر بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد بتقريب إحداهما من الأخرى.

لذا، فإن رجال الفقه القانوني يجمعون على أنه يسوغ تفسير العقد الواضح العبارة متى كان هذا الوضوح غير مقصود عند التعاقد ولا يترجم النية المشتركة للمتعاقدين [135] مستندين إلى قول المشرع المغربي [136]:
"يكون التأويل في الحالات الآتية:
1- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض الواضح الذي قصد عند تحرير العقد...".

134- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13 فبراير 1962. المنشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 48 – 49 ص 379.
135- أنظر في هذا الصدد:
– عبد القادر العرعاري، نفس المرجع السابق، ص 260.
136- أي الفقرة 1 من الفصل 462 منه.

وفي هذا السياق أيضا قيل:

"...إن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة...ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، أي أن العبارة قد تكون واضحة في ذاتها إلا أن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدا معنى وعبرا عنه بألفاظ لا تستقيم له، إذ في مثل هذه الحالة ينبغي على القاضي أن يعتمد المعنى الواضح وأن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان حقيقة[137]".

ثالثا: سلطة قاضي الموضوع في مجال تفسير العقد

أناط المشرع مهمة تأويل الاتفاقات بقضاة الموضوع، تلك المهمة التي رب سائل يتساءل حول ما إذا كانت مطلقة أم مقيدة.

يعتبر تفسير عبارات العقد الغامضة من مسائل الواقع التي تندرج ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، التي لا يخضعون فيها لمراقبة محكمة النقض، وإن كانوا يتقيدون فيها بالضوابط القانونية التي وضعها المشرع بين أيديهم، والتي كنا أشرنا إليها فيما سبق.

ولعل السبب في عدم بسط محكمة النقض رقابتها على قاضي الموضوع بمناسبة تفسير العقد الغامض، يعزى إلى أن عملية التفسير تتطلب في مثل هاته الحالة استقراء النية الحقيقية أو المفترضة للأطراف المتعاقدة، وتقصي ظروف وملابسات التعاقد، الشيء الذي يؤدي بالقاضي إلى التنقيب في عالم النية أي في الواقع ليقتنع في آخر المطاف بما قصدت الإرادة تحقيقه.

137- مشار إليه لدى :
- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون. الطبعة الأولى. سنة 2001. ص 184.

Scanné avec CamScanner

رابعا: تحريف العقود

غني عن البيان، أنه لا يسوغ لقاضي الموضوع الانصراف من معنى ظاهر إلى آخر إلا إذا ارتكز على أسباب مقنعة ومبررات مقبولة وإلا اعتبر محرفا لعقد واضح وعرض حكمه للنقض.

ويقصد بالتحريف لغة، الميل أو العدول، يقال حرف عن الشيء، أي مال عنه وعدل، وحرف الشيء أي صرفه وغيره، وحرف الكلام غيره وصرفه عن معانيه أو مواضعه. أما اصطلاحا، فيفيد مخالفة المعنى الظاهر من الوثيقة.

والتحريف قد يكون إراديا متى تعمد قاضي الموضوع إبعاد شرط من الشروط الواضحة في العقد أو الوثيقة، كما قد يكون غير إرادي في حالة ما إذا لم يصب في استخلاص ما تشمله الوثيقة أو لم يتمكن من التوفيق بين بنودها.

وبمفهوم آخر، فإن التحريف يعد بمثابة تغيير لطبيعة تصرف أو مستند على نحو يصرفه عن مدلوله الحقيقي، أي أنه يشكل خطأ يتعلق بمسألة استنتاج الوقائع، ومن ثم فإنه يختلف عن كل من التفسير والتكييف:

فمن ناحية، يفترض التحريف وضوح ألفاظ العقد أو الوثيقة، على عكس التفسير الذي يتطلب مبدئيا غموضها إلى درجة أنها تثير الشك حول المراد منها، فيتدخل القاضي بتفسيرها، وإذا أخطأ فيه فإن عمله يعد خطأ في الواقع؛ ومن ناحية ثانية، فإن التحريف يقتضي خلافا للتكييف- الذي يتصف الخطأ فيه بكونه خطأ قانونيا- قيام قاضي الموضوع بإضفاء الوصف القانوني الصحيح والمناسب على العقد ثم مجانبة الصواب بعدئذ في فهم محتواه أو التنكر لشرط من شروطه.

Scanné avec CamScanner

1- أصل نشأة نظرية التحريف ومجال تطبيقها

تجد نظرية تحريف العقود وغيرها من المستندات أساسها التاريخي في موقف محكمة النقض الفرنسية من تأويل العقود والوصايا إذ بعد أن كانت تسوي بينها وبين النص التشريعي من حيث الرقابة التي تفرضها على محاكم الموضوع، أصبح المبدأ الذي تبنته في فترة لاحقة يتلخص في أن تأويل العقود وسائر التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد، مسألة واقعية تدخل ضمن سلطة قضاة الموضوع[138].

غير أنه نتيجة لإساءة هؤلاء استعمال هذه الأخيرة[139] فإنها لجأت إلى اعتماد حل استهدفت من وراءه التصدي لهذه المشكلة، ذاهبة إلى أنه إذا كان العقد غامضا وجب على قاضي الموضوع تأويله، أي البحث عن نية الأطراف الحقيقية أو المفترضة دون أن يخضع في ذلك لمراقبة محكمة النقض، لأن المسألة هنا مسألة واقع، على عكس ما لو كان العقد واضحا، بحيث لا يجوز تحريفه تحت ستار تفسيره، وهو في ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض، باعتبار أن الأمر يتعلق بالقانون.

وهكذا، ظهرت نظرية تحريف العقود والوصايا في مجال الطعن بالنقض في فرنسا، واستطاعت أن توسع من نطاق تطبيقها الذي كان يقتصر على العقود والوصايا لتمتد إلى سائر الوثائق التي تعرض على نظر قاضي الموضوع فيستنتج منها خلاف ما ورد فيها، بمعنى أنه يحرفها عن مدلولها الحقيقي، كما أنها تمكنت من أن تغزو مجموعة من التشريعات، منها التشريع المصري والسوري والليبي وكذلك المغربي

138- راجع في هذا الصدد:
- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مرجع سابق، الصفحات: 528 و 535 و 539.

139- من صور ذلك، حذف شرط واضح من شروط الوصية بمناسبة تأويلها والأخذ عوضا عنه بشرط آخر من شأنه أن يرتب آثارا قانونية مغايرة.
مشار إليه لدى:
- محمد الكشبور، نفس المرجع الوارد ذكره في الهامش السابق، ص 528.

الذي كرسها في إطار الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود المشار إليه سابقا.

فنظرية التحريف إذن، برزت في مجال تأويل الوصايا والعقود بالنسبة لمحكمة النقض الفرنسية التي طبقتها فيما بعد على وسائل الإثبات وطلبات الخصوم والمراسلات والمحاضر والاعترافات المكتوبة ونحوها من المستندات المكتوبة الواضحة الدلالة التي يستخلص قاضي الموضوع مضمونها على نحو خاطئ.

2- شروط تطبيق نظرية التحريف

يتطلب قضاء النقض في فرنسا وفي المغرب لتطبيق أحكام نظرية التحريف شروطا[140] تتمثل عموما في وجود مستند كتابي سليم ووضوح مضمونه وعباراته من جهة، وتعارض التأويل مع مضمون المستند وتأثير التحريف في الحكم من جهة أخرى:

فلا يمكن للطاعن التمسك بالطعن بالنقض للتحريف إلا إذا تعلق الأمر بمستند كتابي، أو وثيقة على أن تكون منتجة في الدعوى، أي غير مستبعدة لسبب ما -كالبطلان أو الصورية أو نحوهما- لأن التحريف لا يتحقق أصلا إلا بالمقارنة بين ما هو ثابت في المستند، أو الوثيقة وبين ما استنتجه منها قاضي الموضوع من وقائع.

ومن المبادئ التي استقر عليها قضاء النقض أيضا في كل من فرنسا والمغرب، أن تأويل العقد الغامض يندرج -كقاعدة عامة- في

140- للتوسع في تلك الشروط راجع:
- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مرجع سابق، الصفحات: 529 و 539 ومن 553 إلى 559.

إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي لا رقابة عليه من قبل محكمة النقض، بعكس تحريف العقد الواضح.

وما دام التحريف يفيد عدم ملاءمة التأويل لمضمون المستند فإن هذا الشرط يعتبر من الأمور البديهية، إلا أنه مع ذلك يلزم حتى يكون سببا للطعن بالنقض أن يتناول ليس فقط عبارات الوثيقة وإنما روحها. ثم إن قبول الطعن بالنقض في المستند أو الوثيقة في التحريف رهين بأن يؤثر في النتيجة التي انتهى إليها قاضي الموضوع، الشيء الذي أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته[141] ذاهبا إلى أن: "التحريف لا يشكل مطعنا في الحكم إلا إذا ترتب عليه تأثير في اتجاه المحكمة...".

3- التحريف لدى محكمة النقض

لقد كان أول قرار صدر عن المجلس الأعلى سابقا بشأن التحريف، بتاريخ 29 أبريل 1958 لما نقضت الغرفة المدنية حكما لأن قاضي الموضوع فسر عقد تأمين صريح وواضح ورتب عليه آثارا تتنافي ومضمونه[142].

وعلى غرار محكمة النقض الفرنسية، فإن المجلس الأعلى كان قد وسع هو الآخر من نطاق تطبيق نظرية التحريف، فجعلها تشمل فضلا عن العقود، مستندات أخرى كالحجة الكتابية ومذكرات الخصوم ومحاضر الخبرة.

141- راجع قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 1981. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 30 ص 71.

142- أنظر في ذلك:
- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مرجع سابق، الصفحات: 545 ومن 546 إلى 551.

وفيما يتعلق بالعقود، فإنه كان يميز بين المبهمة منها والواضحة: إذ بالنسبة للأولى، يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة لاستنتاج مضمونها دون رقابة عليه من المجلس الأعلى[143] علما أنه يتعين عليه في حدودها، تسبيب الوقائع التي استنتجها من بنود العقد بكيفية سليمة؛ وبخصوص الثانية، يمكن القول إنه لا يجوز للقاضي تحريفها بدعوى تفسيرها، الشيء الذي أكده المجلس الأعلى في العديد من قراراته[144].

أما عن الأساس الذي ارتكز عليه فيما بعد[145] في نقض الأحكام بسبب التحريف فيتجسد بالنسبة للعقود في الفصل461 من قانون الالتزامات والعقود، وإذا تعلق الأمر بمستندات أخرى غير العقود، فإنه يعتمد على قواعد التسبيب، فيعتبر الحكم منعدم التعليل، كما تقضي بذلك بعض قراراته في هذا المضمار[146].

143- قضى المجلس الأعلى في قرار له صدر بتاريخ 24 يناير 1968 -المنشور بمجلة القضاء والقانون. العدد 109 – 110. ص 475- بأن:
"المحكمة بما لها من سلطة تقديرية استنتجت ما اتفق عليه الطرفان بدون ارتكاب أي تحريف للعقد، إذ لم تتجاوز ما لها من حق في تأويل العقد عند الإجمال والإبهام".

144- منها قراره الصادر بتاريخ 26 مارس 1964 - المنشور بالمجلة المغربية للقانون. سنة 19- الذي جاء فيه ما يلي:
"إذا كان بإمكان قاضي الموضوع تفسير العقود التي حررها الأطراف فإنه لا يستطيع تحت ستار التفسير تحري بنودها الواضحة".

145- كان المجلس الأعلى في بداية عهده يستند إلى الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود-الذي تقابله المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي- لإيقاع النقض بسبب التحريف، مقتديا في ذلك بنفس النهج الذي كانت تسلكه محكمة النقض الفرنسية في الموضوع.
- راجع في هذا الشأن:
- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، نفس المرجع السابق. ص 552.

146- منها قراره الصادر بتاريخ 19 ماي 1982- قرار غير منشور- الذي نص فيه على أن:

Scanné avec CamScanner

الفقرة الثانية: تكييف العقود

إن التكييف عملية يضطلع بها أيضا قاضي الموضوع وهي ليست في الواقع إلا تتويجا لعملية التفسير، ذلك أنه لا يتأتى من الناحية القانونية إلا بعد استنفاذ هذه الأخيرة، لأنه لا يستساغ تكييف العقد بكونه بيع أو كراء مثلا إلا بعد استقراء الغاية التي سعى إليها المتعاقدان أثناء إبرام العقد من خلال الوصول إلى النية المشتركة لديهما، وبالتالي فإن تحديد مضمون العقد وكذا رصد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه إنما هو رهين بصحة الوصف الذي يضفيه القاضي على موضوع العملية التعاقدية.

أولا: مفهوم تكييف العقد ونطاقه

1- تعريف التكييف

يقصد بتكييف العقد، تلك العملية التي يبتغي القاضي من وراءها خلع وصف قانوني سليم على التصرف الذي أجرته الأطراف المتعاقدة. أو هو عملية قانونية الهدف منها إعطاء العقد الوصف القانوني الذي يتفق مع ماهيته ومع النتيجة التي ارتضاها المتعاقدان أثرا له، أو عملية اجتهادية تتطلب من القاضي فهم الواقع والقانون من أجل تطبيق الثاني على الأول، لأنه لا يستطيع أن يطبق القانون إلا بعد تكييف الواقع تكييفا صحيحا..

غير أن القاضي ليس مجبرا على التقيد بتكييف الخصوم، أي بصيغة العقد الظاهرة، وإنما له الصلاحية لإعطائه الوصف الذي يراه

"المحكمة حرفت مقال الاستئناف تحريفا يجعل القرار منعدم التعليل ومعرضا للنقض".

ملائما للظروف التي تم فيها إبرامه، لأن العبرة بالتكييف الذي يعطيه هو لموضوع العقد وليس لذاك الذي يتمسك أطرافه[147].

وبالنسبة للعقد، فإن الهدف من تكييفه هو معرفة طبيعته، ومن ثم ضبط القواعد التي يلزم تطبيقها عليه، فلو كان مثلا عقدا مسمى أجريت عليه الأحكام الخاصة به أو القواعد العامة- حسب الأحوال- أما إذا كان عقدا غير مسمى، فيتم العمل بهذه الأخيرة وكذا بما اتفق عليه الأطراف[148].

147- أحمد ادريوش، نفس المرجع المذكور في الهامش السابق، الصفحات 53 و 57 و 58 و 60.
- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 263 وص 264.

148- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة العقود المسماة، مرجع سابق، ص 56.
وفي موضع آخر- ص 34 من نفس المرجع - يعبر عن نفس الفكرة بقوله:
"... فالقانون يلزم القاضي بأن يطبق الأحكام العامة على مختلف العقود، والأحكام الخاصة على ما سمي منها، وبالنسبة لما لم يوضع له اسم منها فلا تطبق عليه تلك الأحكام الخاصة إلا من قبيل القياس بالنظر إلى التناسب بينها وبين العقود المسماة...".
ويذهب أحد رجال القانون إلى أن:
"القانون لا يقتصر على وضع قواعد عامة للعقود، وإنما ينظم بعض العقود بنصوص خاصة - كالبيع والإيجار والشركة وغيرها- وفي هذا التنظيم للعقود الخاصة، يطبق المشرع القواعد العامة للعقود على العقد الذي ينظمه، بالإضافة إلى القواعد التي يسنها لتطبق على هذا العقد دون غيره والتي تستلزمها خصوصية موضوع العقد وإذا تعارض الحكم الخاص مع حكم النظرية العامة بالنسبة لها طبق الحكم الخاص دون الحكم العام ... والعقود التي لا ينظمها القانون والتي تسمى في الفقه عقودا غير مسماة، تحكمها القواعد العامة للعقد التي تتضمنها نظرية الالتزامات والعقود...".
- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 79 وص 80.

Scanné avec CamScanner

2- نطاق التكييف

إن التكييف يرتبط بتطبيق القانون، وما دام القاضي يسعى إلى استجلاء معانيه، فإنه لا يقضي بحكمه فيما يعرض عليه من وقائع إلا بعد إعطائها الوصف الصحيح، كما أنه ليس حكرا على العقود وحدها بل هو عملية فنية تطرح بالنسبة للقانون بشكل عام، غير أنه يؤكد حضوره بقوة وبشكل خاص في القانون الدولي الخاص والقانون الجنائي وقانون المسطرة المدنية.

ثانيا: حالات تكييف الأطراف للعقد[149]

إذا كان التكييف يعد عملية سهلة متى انصب على عقد مسمى أو بسيط، فإن الأمر يكون على خلاف ذلك عندما يتعلق التكييف بعقد غير مسمى أو مختلط بحكم أن تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود -العقود غير المسماة والعقود المختلطة- يتطلب مجهودا أكبر من أجل إضفاء الوصف الحقيقي على العملية التعاقدية.

فقد يحصل أحيانا أن يخطئ المتعاقدان فعلا في إضفاء الوصف القانوني الصحيح على العقد، أو يقصدان إعطاءه وصفا غير الوصف الحقيقي تحايلا منهما على القانون، وقد يكون الاتفاق المبرم بينهما عبارة عن مزيج من عقود مختلطة وفي هذه الفرضيات ونحوها يتمثل دور القاضي في التحري عن الوصف الحقيقي للعقد استنادا إلى الضوابط المميزة لكل واحد على حدة.

149- أنظر تفصيل حالات تكييف العقود لدى:
- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، من ص 78 إلى ص 96.

Scanné avec CamScanner

1- حالة الخطأ في التكييف

من صور الخطأ في التكييف وصف عقد بأنه غير مسمى في حين أنه مسمى أو إعطاؤه اسما معينا فإذا به عقد آخر مسمى أو خلع اسم عليه بينما هو عقد غير مسمى[150].

وعلى القاضي أن يصحح الوصف الخاطئ الذي أضفاه المتعاقدان على اتفاقهما وذلك بتفسير هذا الأخير قصد الوصول إلى الوصف القانوني الصحيح. وبتعبير آخر، فإن القاعدة المتأصلة في قضائنا وتشريعنا أن العبرة في التكييف هي بحقيقة التعاقد طبقا للقانون لا بما يصفه الأطراف[151].

150- في هذه الحالة يكون هناك عقد واحد أخطأ المتعاقدان في وصفه، وعلى القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه -تحت رقابة محكمة النقض- دون حاجة إلى إلقاء عبء الإثبات على أي منهما.
- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 83.

151- في هذا السياق جاء في حكم قديم للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 4 أبريل 1957- المنشور بمجلة المحاكم المغربية. العدد 1217. ص 121 - ما يلي:
"إن العبرة في تحديد الطبيعة القانونية للعقد، ليست بما يعطيه له الأطراف، وإنما بطبيعة بنوده، لذلك فإن القاضي غير ملزم بالوصف الذي يعطيه الأطراف للعقد وإنما له أن يكيفه التكييف القانوني السليم، وأن يرتب على ذلك مجموع النتائج الاتفاقية".
وقضى المجلس الأعلى في قرار له -صدر في 20 أبريل 1966. ونشر بمجلة القضاء والقانون. العدد المزدوج 85- 87 سنة 1967. ص 289 - بأن:
"لمحكمة الموضوع الحق في ألا تعتبر في العقود إلا معناها دون مبناها، وأنها عندما قررت بأن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شراكة، تكون قد صححت الوضع بالنسبة للتعبير الفاسد".
ومن تطبيقات هذه القاعدة في تشريعنا نذكر مثلا ما يفيد به الفصل 600 من قانون الالتزامات والعقود في الباب المفرد لبعض الأنواع الخاصة من البيوع - أولا: بيع الثنيا- من أنه:

2- حالة التكييف غير الصحيح المفتعل

قوام هذه الحالة أن يلجأ المتعاقدان إلى إظهار تصرفهما تحت اسم عقد معين يستران به عقدا آخر مبرما بينهما في السر، أو أن ينشئا تصرفا ظاهر المشروعية يتحايلان به على قاعدة قانونية، إذ نكون أمام ما يسمى "بالصورية"[152] التي تعني تعمد المتعاقدين إخفاء ما اتفقا عليه سرا تحت ستار عقد ظاهر لا يرتبطان بحكمه[153] وينبني على ذلك وجود عقدين أحدهما مستتر، وهو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين حقيقة، والآخر صوري أبرماه تحايلا منهما على الغير، فيؤخذ بالأول وحده فيما بين الطرفين وبالثاني في مواجهة الغير[154].

"إذا سمي الاتفاق بيع الثنيا، مع كونه يتضمن في الحقيقة رهنا، فإن آثار هذا الاتفاق تخضع في العلاقة بين المتعاقدين لأحكام الرهن الحيازي للمنقول أو الرهن الرسمي، وفقا لظروف الحال، لكن هذا العقد لا يمكن أن يحتج به على الغير إلا إذا كان قد أبرم على الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام الرهن الحيازي على منقول أو الرهن الرسمي".

وما ينص عليه الفصل 1116 منه في باب الصلح، حيث ورد فيه أنه:

"إذا كان الاتفاق الذي سمي صلحا يتضمن في الحقيقة وبرغم العبارات المستعملة هبة أو بيعا أو أية علاقة قانونية أخرى، وجب أن تطبق على ذلك الاتفاق بالنسبة إلى صحته وآثاره، الأحكام التي تنظم العقد الذي أبرم تحت اسم الصلح".

152- بين المشرع حكم الصورية في الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود قائلا:

"الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة، لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل".

153- كأن يتفق مالك على الشياع مع أحد من الغير على بيع حصته، ولمنع باقي الشركاء من ممارسة حق الشفعة، يخفيان البيع بتصرف ظاهر هو الهبة.

154- يسوغ للغير إثبات العقد المستتر والتمسك به فيما لو كانت له مصلحة في ذلك، غير أنه إذا كان سيء النية، بأن كان تعاقد مع أحد طرفي العقد مع علمه بالصورية، فإن أحكام العقد المستتر هي التي تسري عليه.

- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 82.

Scanné avec CamScanner

وهكذا، إذا كان القاضي مدعوا إلى تصحيح التكييف الخاطئ، فإنه يتعين عليه من باب أولى أن يرد التحايل على القانون عن طريق عدم التقيد بالوصف الذي أعطاه الأطراف للعقد تحايلا منهم على القانون.

وبتعبير آخر، إذا كانت الصورية تتفق مع التكييف غير الصحيح في أن المتعاقدين يعطيان للعلاقة القائمة بينهما اسما غير اسم العلاقة الحقيقية التي تربطهما، إلا أن الفارق بينهما يكمن في أن هذه الأخيرة تكون في الصورية مختفية تماما تحت ستار العلاقة المعلنة، أما في التكييف غير الصحيح فإنها تكون ظاهرة في عبارات العقد وشروطه بما لا يتفق مع الاسم الذي أطلقه المتعاقدان على هذه العبارات والشروط.

وإذا كان لا يجوز للقاضي أن يحكم بالصورية ما لم يتمسك بذلك صاحب المصلحة في العقد الحقيقي وبعد إثبات وجود هذا العقد فإنه يتعين عليه أن يكيف العقد من تلقاء نفسه تكييفا صحيحا استنادا إلى شروط العقد المعلنة ذاتها، ويترتب على ذلك أن الطعن بالصورية لا يمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض، في حين يخضع تكييف القاضي للعقد لرقابة هذه الأخيرة.

3- حالة تكييف العقد غير البسيط

من المعلوم أن العقد البسيط يخضع للأحكام الخاصة به متى كان مسمى، أما إذا كان غير مسمى فيمكن أن تمدد إليه -في الحدود المقبولة- أحكام العقد المسمى التي ترتبط به من حيث الموضوع، إلا أنه قد لا يكون العقد بسيطا بل مختلطا، أي يشتمل على عقود امتزجت كلها فأصبحت عبارة عن عقد واحد[155] حيث يعتمد إما "منهج التكييف

155- إن الأمثلة كثيرة على هذا النمط من العقود، لعل أبرزها عقد المضايفة الذي هو مزيج من عدة عقود: بيع للمأكل والمشرب، وإيجار للغرفة، وعمل بالنسبة للخدمة، ووديعة بالنسبة للأمتعة.

Scanné avec CamScanner

التوزيعي" بمعنى أن أحكام مختلف العقود التي يتشكل منها العقد موضوع التكييف تكون هي الواجبة التطبيق، أو "منهج التكييف الشامل" الذي بمقتضاه يغلب القاضي أحد العقود باعتباره العنصر الأساسي في العقد المختلط، وما عداه يكون ثانويا فحسب.

ثالثا: موقف محكمة النقض من التكييف

رغم أن إجماع رجال الفقه القانوني -في فرنسا- يكاد ينعقد حاليا على أن التكييف عمل قانوني، إلا أن المسألة عرفت جدلا حادا وبالنسبة لمحكمة النقض، فيبدو أنها تسير في اتجاه يتلخص في مراقبة التكييف واستثناء يترك أحيانا ولاعتبارات خاصة، للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

1- التكييف الخاضع لرقابة محكمة النقض

يخضع لرقابة محكمة النقض -حسب المتفق عليه فقها وقضاء ورغم عدم وجود نصوص تشريعية تقضي بذلك- تكييف وقائع النزاع بالإضافة إلى تكييف الأحكام والدعاوى، والمسؤولية، وبعض عناصرها ثم العقود.

وفيما يتعلق بهذه الأخيرة، فإن الوصف الذي يتمسك به أطراف النزاع أو يتفقون عليه لا يقيد قاضي الموضوع، الذي يتعين عليه أن يبحث عن التكييف القانوني الصحيح للعقد مستندا في ذلك إلى عناصره وكذا إلى الظروف التي رافقت إبرامه، وهو في نشاطه هذا يخضع لرقابة محكمة النقض[156].

- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مرجع سابق، الصفحات: 299 و 320 و 321.

156 – في هذا المعنى، جاء في قرار للمجلس الأعلى الصادر في 7 يناير 1976 – المنشور بمجلة المعيار. العدد 1 . ص 45 وما بعدها– أن:

2- التكييف غير الخاضع لرقابة محكمة النقض

تخرج الكثير من التكييفات عن رقابة محكمة النقض وتخضع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية، إما لأن المسألة تتعلق مثلا بوقائع بحتة، أو بحالة نفسية، أو بتقدير كمي، أو لأنها تحتاج إلى خبرة فنية. وعلى هذا الأساس، فإن قاضي الموضوع يستقل بتقدير سوء النية ومبلغ التعويض في المسؤولية المدنية ومبلغ النفقة، غير أنه ملزم- من حيث التعليل- بأن يبين في حكمه العناصر التي أوجب عليه المشرع مراعاتها[157].

"الطبيعة القانونية للعقود رهينة ليس بالتحديد الصادر عن الأطراف وإنما بالطبيعة المستخلصة من بنودها، لذلك فإنه على قاضي الموضوع أن يحدد هذه الطبيعة وأن يستخلص من هذا التحديد الآثار القانونية أو الاتفاقية التي تولدها هذه العقود".

157- أنظر:

- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مرجع سابق، من ص 330 إلى 332.

المبحث الثاني
العقود المسماة ومظاهر تطورها

نهدف من وراء دراستنا لهذا المبحث تبيان ماهية العقد المسمى ومحاولة العمل على إبراز ما إذا كانت العقود المسماة قد تمكنت من أن تستقل بإطار قانوني خاص بها من شأنه أن يشكل نظرية عامة تضاهي النظرية العامة للالتزامات والعقود، تدعى بقانون العقود المسماة.

Scanné avec CamScanner

المطلب الأول
ماهية العقد المسمى

يتمحور هذا المطلب حول تسليط الضوء على المقصود بالعقد المسمى في التشريع والفقه، وعلى ضوابطه، ناهيك عن تبيان الأهمية التي تسفر عنها التفرقة بين العقد المسمى وغير المسمى، وهي المسائل التي سنتطرق إليه تباعا كالآتي:

الفقرة الأولى: مفهوم العقد المسمى

من الملاحظ، أن العقد المسمى غالبا ما يتم تعريفه انطلاقا من تمييزه عن العقد غير المسمى، مع أن الاعتبارات التي كانت تعد بمثابة مبررات مقبولة لهذا التمييز بين النوعين من العقود في ظل القوانين القديمة خاصة منها القانون الروماني، لم تعد كذلك في التشريعات الحديثة.

أولا: تعريف العقد المسمى في التشريع

لا يخفى أن للمشرع المغربي أسلوبه الخاص في صناعة وصياغة النص القانوني بحيث نادرا ما يعمد إلى التعريف، لذا لا غرو أن ألفيناه قد قعد عن تبيان مفهوم كل من العقد المسمى وغير المسمى، في حين حرصت تشريعات أخرى اهتمت بالأمر، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لقانون الموجبات والعقود اللبناني الذي ينص[158] على أنه:
"تكون العقود مسماة أو غير مسماة، حسبما يكون القانون قد وضع أولم يضع لها تسمية وشكلا معينين. وتطبق القواعد المقررة في القسم الأول من هذا القانون "أي القواعد المتعلقة بالالتزامات بوجه عام" على العقود المسماة وغير المسماة، أما القواعد المذكورة في القسم الثاني "القواعد

158- في المادة 175 منه.

المتعلقة بالعقود المسماة" فلا تطبق على العقود غير المسماة إلا من قبيل القياس وبالنظر إلى التناسب بينها وبين العقود المسماة المعينة".

والقانون المدني الفرنسي الذي يقضي[159] بأنه:

"تخضع العقود، سواء كانت مسماة أو غير مسماة للقواعد العامة الواردة في هذا الباب"أي الفصل الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني بعنوان: في العقود والالتزامات التعاقدية بوجه عام".

ستفصل القواعد الخاصة ببعض العقود في الفصول الخاصة بها من هذا القانون...".

ثانيا: أسلوب الفقه في تعريف العقد المسمى

إن العقد يكون مسمى إذا ما كثر تداوله في الحياة العملية إلى حد الشهرة ولو لم يدون المشرع أحكامه. أما تسميته فلا تعدو أن تكون تسمية شكل لا تسمية موضوع الغاية منها تشجيع التعامل به حتى إذا شاع تداوله بين الناس ارتقى إلى قائمة العقود المسماة[160].

غير أن الصيغة المألوفة في كتب القانون المدني تتمثل- بالنسبة لهذا النوع من العقود- في أن العقود المسماة هي التي نظمها المشرع وميزها عن غيرها باسم وأحكام خاصة، فضلا عن الأحكام الواردة في النظرية العامة للعقود، بخلاف العقود غير المسماة التي لم يميزها عن غيرها باسم ولم تظفر منه بتنظيم خاص، وإنما تخضع للقواعد العامة للعقود[161] ويتعذر حصرها نظرا لما للأفراد من حرية في

159- في المادة 1107 منه.

160- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الثالثة. طبعة مزيدة ومنقحة. سنة 2001. ص 17 و 18.

161- قبل أن يتكفل المشرع بتنظيم العقود المسماة الأكثر شيوعا وتداولا في المعاملات، والتي تتطلبها حاجات الناس، سن أحكاما أساسية للعقد ضمن نظرية عامة تشمل العقود أيا كانت صورها، تطبق على هذه الأخيرة ما لم يرد بشأنها حكم خاص.

Scanné avec CamScanner

إبرام ما يشاءون من اتفاقات في حدود النظام العام والآداب، وهي تظل محتفظة بوصفها إلى أن يعين لها المشرع اسما ويتولاها بالتنظيم. فهذا المعنى الأخير حسبما يبدو، يتمحور حول ضابطين ترتكز عليهما العقود المسماة دون العقود غير المسماة؛ ألا وهما الاسم والتنظيم.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه إذا كان رجال الفقه الفرنسي قد اعتمدوا نفس المفاد للعقود المذكورة لمدة طويلة، إلا أنهم منذ الستينات عملوا على إعادة النظر فيه واستبداله "بالعقود الخاصة"[162].

الفقرة الثانية: ضوابط العقد المسمى

يترتب على تسمية المشرع لبعض العقود باسم خاص مميز لها استبعاد غيرها مما لم يظفر بذلك، كما أن تدخله لتنظيمها يكون من أجل تحقيق أهداف معينة.

أولا: ضابط الاسم

من سمات العقود المسماة أن الأطراف المتعاقدة تكتفي بالاتفاق على المسائل الأساسية بينما تترك الأمور التفصيلية التي تكفل بها المشرع أو جرى بها التعامل أو استقر عليها العرف أو القضاء، أما في العقود غير المسماة فيلزمها أن تبين بدقة مختلف أحكامها.

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 130 وص 131.

162- عبد القادر العرعاري، مرجع سابق، ص 41.

- جيروم هوييه، مرجع سابق، ص 21 و ص 22.

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، الصفحات: 129 و130 و131.

- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 19.

ثانيا: ضابط التنظيم

يعد تنظيم المشرع لعقود ما إنعاشا لها لاسيما وأنه غالبا ما يقر ما دأبت عليه الممارسة التعاقدية ويصوغه في نص تشريعي متوخيا من وراء ذلك تحقيق مقاصده التي يمكن القول إن من ضمنها التيسير على المتعاقدين بوضع قواعد تفصيلية -مكملة يمكن مخالفتها بموجب الاتفاق أو العرف- لتنظيم معاملاتهم، وتسهيل مهمة القاضي في تطبيق القواعد القانونية المناسبة على العقود المتنازع بشأنها، وتوضيح ما غمض من القواعد العامة، وتطوير العقد في الاتجاه الذي يرى أنه الأولى بالاتباع بل ولاعتبارات تتعلق بالنظام العام أو بالعقد المسمى نفسه يخرج المشرع في العديد من الأحوال عن القواعد العامة[163].

الفقرة الثالثة: أهمية التفرقة بين العقد المسمى وغير المسمى

سنتولى في إطار هذه الفقرة استجلاء هذه الأهمية في كل من القانون الروماني والقوانين الحديثة وذلك تباعا كالآتي:

أولا: في القانون الروماني

كانت للتفرقة بين العقد المسمى وغير المسمى، أهمية كبيرة في إطار القانون الروماني، نظرا لأن الثاني بعكس الأول، كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر، بحيث لا يوجد العقد قبل ذلك.

163- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، الصفحات: 24 و 25 و 26.
- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، طبعة سنة 2005، من ص 8 إلى ص 10.
للمزيد من التفصيل بشأن ضوابط العقد المسمى:
- أنظر نفس المرجع المذكور في الهامش السابق، من ص 23 إلى 32.

Scanné avec CamScanner

ويعزى هذا إلى الطبيعة الشكلية للقانون المذكور الذي لم يكن يقر سوى العقود الشكلية -العقد الكتابي والعقد اللفظي أو الاشتراط الشفوي وعقد الاستدانة- وفئة من العقود الرضائية -المتمثلة حصرا في البيع والإيجار والشركة والوكالة- والعقود العينية كالقرض وعارية الاستعمال والوديعة، وهي إن شئنا "العقود المسماة" التي كانت تتمتع في ظله بالقوة الإلزامية وبدعوى تحميها[164].

ومع تطور الزمن ظهرت أنواع من العقود غير المسماة[165] - التي كانت تتميز لدى الرومان بكونها لا تقوم ولا تصير ملزمة ما لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه إذ عندئذ يحق له إجبار الآخر على الوفاء بما تعهد به، استنادا إلى دعوى خاصة - موحدة بالنسبة لجميع العقود غير المسماة[166]- خولها لها القانون، ألا وهي "دعوى العقود غير المسماة"[167].

164- أنظر في هذا المضمار:

- جيروم هوييه، مرجع سابق، الصفحات 9. 10. 23.

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني:النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 129.

165 - لم تكن العقود غير المسماة تندرج ضمن العقود الشكلية أو العينية أو الرضائية، وإنما هي زمرة من العقود التي تشمل على سبيل المثال: التبادل والمقايضة، والهبة بعوض والصلح.

أنظر في هذا الصدد:

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني:النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق ، ص 129.

- جيروم هوييه، مرجع سابق، ص 23 وهامشها ثم ص 24 وهامشها.

- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص21 وص22.

166- أما بالنسبة للعقود المسماة، فكانت لكل عقد دعوى خاصة به استمد تسميته منها.

- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 21.

167- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني:النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 129 وص 130.

ثانيا: في القوانين الحديثة

في معرض الحديث عن القيمة القانونية للتمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى قيل:

"إن تعارضا كهذا بين العقود المسماة والعقود غير المسماة لم يعد قائما اليوم، فقد انمحى عندما تغلبت الرضائية على الشكلية الموروثة عن القانون الروماني، أما في القانون الحديث، فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى، إذ كلاهما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية وما بقي من العقود العينية".

وعليه، فإنه لم تعد لذلك التمييز نفس الأهمية في القوانين الحديثة لأن كلا من العقد المسمى وغير المسمى يخضع للقواعد العامة التي تطبق على مختلف العقود، بل لا قيمة له ضمن نظام قانوني يحمي جميع الاتفاقات غير المخالفة للنظام العام.

وهكذا، فإن صياغة قواعد عامة تطبق على جميع العقود، قوامها مبدأ الرضائية في تكوين العقد وأساس نفاذه، لم يقلل من أهمية مفهوم العقد غير المسمى بقدر ما أعطاه الأساس القانوني الذي كان ينقصه[168].

- جيروم هوبيه، مرجع سابق، ص23 وص 24.
- أحمد ادريوش، مرجع سابق، ص 21.

168 -أنظر في هذا المعنى:
- جيروم هوبيه، مرجع سابق، ص 25.
- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، الصفحات: 20 و22 و 23.

المطلب الثاني
ملامح تطور العقود المسماة ومصادرها

إن دراستنا لموضوع هذا المطلب لا تعني أننا سنتتبع مسار العقود المسماة في تكونها ونموها في ظل مختلف التشريعات، بل ما نقصده هو الوقوف عند البعض منها –خاصة القانون الروماني والفرنسي والمغربي– لمعرفة مدى موقعها في إطارها.

الفقرة الأولى: نطاق العقود المسماة

يكمن الهدف من وراء هذه الفقرة في إلقاء الضوء على نطاق العقود المسماة في كل من القانون الروماني والفرنسي والمغربي.

أولا: في القانون الروماني

كانت الشكلية هي السمة التي طبعت القانون الروماني، إذ هي القاعدة العامة في العقود ومصدر قوتها الملزمة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإنه لم يحتو على نظرية عامة للعقد، بمعنى أنه في سائر مراحل تطوره لم يتوصل إلى صياغة نظرية عامة للعقود والالتزامات بل كل ما انتهى إليه هو الاعتراف بفئة من العقود المسماة الواردة على سبيل الحصر– والتي تتجسد في العقود الشكلية والعينية والرضائية المومأ إليها سابقا– وبعض العقود غير المسماة المقررة لها دعوى خاصة مشروطة من حيث ممارستها بضرورة تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته.

وهكذا، كانت الهيمنة للعقود المسماة وغير المسماة في غياب النظرية المذكورة[169].

169– للمزيد من التوضيح في هذا الشأن، انظر:
– أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، من ص 106 إلى ص 108.

ثانيا: في القانون الفرنسي

لما استقر سلطان الإرادة كمبدأ في القانون الفرنسي منذ القرن الثامن عشر، عمد المشرع إلى صياغة نظرية عامة للالتزامات والعقود مرتكزة على أساسه، أما بالنسبة للأحكام المتعلقة بالعقود المسماة، فكانت تعتبر بمثابة تطبيقات لها ونماذج يسوغ للمتعاقدين اختيارها أو استبعادها، لاسيما وأنها تتميز بكونها مكملة أو مفسرة لإرادتيهما، مما نتج عنه سمو الشريعة العامة على الأحكام الخاصة بالعقود المسماة[170].

وبعد سنة 1804 شهدت العقود المسماة تطورا ملموسا، إذ من ناحية تزايد عددها، فعلاوة على تلك التي احتوتها مدونة نابليون والتي كانت شائعة في فترة التدوين –البيع والمعاوضة والشركة والوديعة والوكالة وغيرها– تولدت عن التعامل التجاري عقود جديدة كالكراء التجاري والإشهار والمقاولة من الباطن، وما إليها من العقود –التي استقي عدد منها من القوانين الأنجلوسكسونية–[171] التي تناولها المشرع بالتنظيم بموجب نصوص خاصة.

ومن ناحية ثانية، هيمنت على النظرية العامة للعقود إلى حد أصبحت معه أحكامها هي الأساس في تبيان بعض القواعد العامة، كما تجلى القصور في البعض الآخر بحيث أضحى متجاوزا أمام كثرة الأحكام الجديدة الخاصة –والمتعلقة مثلا بحماية المستهلك– مما حذا بالفقهاء الفرنسيين إلى اعتبارها الوجه الآخر لأفول تلك النظرية.

هذا فضلا عن تكريسها لقيم جديدة تتمحور عموما حول تحقيق الحماية لعالم الأعمال وللمستهلك، ولا أدل على ذلك الأحكام التي سنها

170– أنظر في ذلك:
– أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 108 وص 109.
– جيروم هوييه، مرجع سابق، ص 13.

171– وهي لدى الفقهاء الفرنسيين العقود التي تنتهي ب:"ing" مثل "leasing".

Scanné avec CamScanner

المشرع الفرنسي لحماية هذا الأخير من الإشهار الكاذب ومن الشروط التعسفية وتلك التي توخى من ورائها تقوية التزامات المحترف وغيرها.

ثالثا: في القانون المغربي

في الفترة السابقة على صدور ظهير الالتزامات والعقود، كان مرجع المغاربة في أقضيتهم ومعاملاتهم وعقودهم هو الفقه الإسلامي[172] كما دونه الفقهاء في شروحهم ومختصراتهم، والذين يتميز منهجهم في باب العقود بالاهتمام بخصوصية كل عقد من العقود الشائعة، أي أنهم لم يصوغوا نظرية عامة للعقد وإنما تناولوا مختلف العقود، ووضعوا لكل منها اسما وتنظيما خاصا.

فهم إذن اعتنوا أكثر بالعقود المسماة، في حين تسجل للمتأخرين منهم تلك المحاولات المتعددة الرامية إلى إيجاد نظرية عامة للالتزامات والعقود، والتي تكرست بالفعل في بعض التشريعات المدنية الحديثة كالتشريع العراقي والأردني.

وبالنسبة للمغرب، استمر انتشار الأحكام الخاصة بالعقود المسماة إلى غاية التدوين، الذي حمل معه روح الاهتمام بنظرية الالتزامات والعقود، وإيلائها مكان الصدارة.

أما عن العقود المسماة، فمن الملاحظ أنه بعد صدور ظهير الالتزامات والعقود، ظلت مجموعة من العقود المسماة التي كان العمل جاريا بها قبل خروج هذا الأخير إلى الوجود، قائمة، منها ما نظم بنص تشريعي خاص -كالأحباس- ومنها ما لم ينظم بنص خاص وهي تتعلق ببعض أنواع الاستغلالات الفلاحية، أو هي شكل من أشكال المشاركة -كالخماسة- هذا من ناحية؛ ومن ناحية ثانية، فإن تنظيم

172- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 109 وص 116 وص 117.

- جيروم هوييه، مرجع سابق، ص 18 وص19.

العقود المسماة ليس حكرا على قانون الالتزامات والعقود بدليل أن المشرع اعتمد هذا التنظيم خارج القانون المذكور، ناهيك عما تمخض عن الممارسة التعاقدية من عقود مسماة جديدة -كبيع العقارات في طور الإنجاز، والإيجار المفضي إلى تملك العقار وغيرهما- مما حذا بالمشرع إلى إفراد نصوص لها.

الفقرة الثانية: مصادر العقود المسماة

إذا كان المشرع في جل الدول العربية قد حرص على تحديد وترتيب المصادر الرسمية للقانون المدني[173] فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمشرع المغربي[174] مما جعل قانون الالتزامات والعقود ينطوي

173- لأخذ فكرة عن الموضوع، أنظر:
- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، الصفحات: 111 و 117 و 120 و 121.

174- علما أنه حدد هذه المصادر ورتبها في بعض القوانين، من ذلك مثلا المادة 2 من الظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر في فاتح غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996، ص 2187، كما تم تعديلها وتتميمها من جهة بأحكام القسم الرابع المكرر بشأن الوكالة بالعمولة في نقل البضائع بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.06.170 الصادر في 22 نونبر 2006 بتنفيذ القانون رقم 26.04 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 7 دجنبر 2006، ص 3761- ومن جهة أخرى بأحكام الظهير الشريف رقم 1.16.128 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 49.15 القاضي بتغييرها وتتميمها وسن أحكام خاصة بآجال الأداء - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 19 شتنبر 2016 ، ص 6647- التي تنص على أنه:
"يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة، أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".
وورد في المادة 3 أنه:
" ترجح الأعراف والعادات الخاصة والمحلية على الأعراف والعادات العامة".

Scanné avec CamScanner

على ثغرة[175] تصدى لها القضاء بإقراره "لمبدأ ازدواجية قانون العقود" إذ أن النوع الواحد منها قد يخضع إما لظهير الالتزامات والعقـود، أو للفقه الإسلامي، ويأتي بعد أي منهما العرف[176].

وعلى كل حال، يمكن القول إن مصادر العقود المسماة تتمثل فيما يلي:

أولا: التشريع

تستمد العقود تنظيمها من التشريع كمصدر أساسي لها[177] ويعد قانون الالتزامات والعقود في بلادنا، من أكثر القوانين المدنيـة تمسكا

175- الحكم الوحيد الذي يرتبط بالمصادر، والذي تضمنه القانون المـذكور، ورد في الفصل 475.

176- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 132.

177- جاء في الفصل 71 من الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر بتـاريخ 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر في 30 يوليوز 2011. ص 3600- تحت عنوان: "سلطات البرلمـان"، التـي أوردهـا المشرع في فقرتين و 30 بندا ما يلي:

الفقرة 1:"يختص القانون بالإضافة إلى المواد المسندة إليه صراحة بفصول أخـرى من الدستور، بالتشريع في الميادين التالية:

1- الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في التصدير وفي فصول أخرى من هذا الدستور.

2- نظام الأسرة والحالة المدنية.

...

6- الجنسية ووضعية الأجانب.

7- تحديد الجرائم والعقوبات الجارية عليها.

8- التنظيم القضائي وإحداث أصناف جديدة من المحاكم.

9- المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية.

...

17- النظام القانوني لإصدار العملة ونظام البنك المركزي.

...

19- نظام الالتزامات المدنية والتجارية وقانون الشركات والتعاونيات.

20-الحقوق العينية وأنظمة الملكية العقارية العمومية والخاصة والجماعية.

21- نظام النقل.

Scanné avec CamScanner

بمبدأ سلطان الإرادة في نطاق النظام العام، وهي مسحة واضحة في النظرية العامة للعقود[178] وكذا في القواعد الخاصة بمختلف العقود المنظمة.

وبالنسبة لهذه الأخيرة، يبقى الأصل هو حرية الأطراف في ارتضاء أي حكم يطبق على اتفاقهما، أو الركون إلى العرف، لاسيما وأن النصوص المتعلقة بها غالبا ما تشتمل على ما يفيد إمكانية الاتفاق على مخالفة تلك القواعد الخاصة، وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن ما سنه قانون الالتزامات والعقود من قواعد لتنظيم العقود المذكورة، إنما هو من قبيل القواعد المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين، ومن ثم لا يتم إعمالها إلا عند عدم الاتفاق على مخالفتها أوفي حالة عدم وجود عادة أو عرف مخالف.

والجدير بالذكر، أنه تساهم في تنظيم العقود المسماة فروع أخرى من القانون الخاص-وفق ما سبق بيانه- ناهيك عن أن المشرع قد ينظم البعض منها بمقتضى تشريعات خاصة[179].

والأمراض المهنية.
22- علاقات الشغل والضمان الاجتماعي وحوادث الشغل والأمراض المهنية.
23- نظام الأبناك وشركات التأمين والتعاضديات.
24- نظام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات... ".
الفقرة 2 : "للبرلمان بالإضافة إلى الميادين المشار إليها في الفقرة السابقة صلاحية التصويت على قوانين تضع إطارا للأهداف الأساسية لنشاط الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية".
ونص في المادة 72 على أنه: "يختص المجال التنظيمي بالمواد التي لا يشملها اختصاص القانون".

178- أنظر أمثلة على ذلك في الفصول 19 و 488 و 491 و 620 و 628 و 883 و987 من قانون الالتزامات والعقود.

179- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، الصفحات: من 135 إلى 138.

ثانيا: المصادر الأخرى للعقود المسماة

كثيرة هي أحكام العقود المسماة التي تجد مصدرها خارج التشريع، حيث يكون مرجعها الفقه الإسلامي أو العرف أو الاجتهاد القضائي.

1- الفقه الإسلامي

تحتضن نظرية المعاملات في الفقه الإسلامي أحكاما تفصيلية وقواعد عامة تكون في مجموعها ثروة هائلة تحظى فيها العقود والتصرفات بنصيب وافر.

وإذا كان الفقه الإسلامي حسب وجهة نظر البعض لم يعمل على نظرية عامة للعقود والالتزامات، فإنه مع ذلك تناول بأسلوب محكم وطريقة مسهبة الأموال وأسباب الملك وتفويته وحدد للعقود -كالبيع والإجارة والمزارعة[180] والشركة والعارية والوديعة والقرض وغيرها- أركانها العامة والخاصة.

وفيما يتعلق بالتصرفات، فإنه جمع ضمن إطار التصرفات الشرعية التصرفات القولية وهي العقود وما يشابهها مثل الوقف والنذر وعمل الفضولي، والتصرفات الفعلية وهي الأفعال التي تكون سببا للضمان كغصب مال الغير أو إتلافه.

وبالنسبة للعقود على وجه التحديد، فإن الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك، يعد من جهة، مصدرا مستقلا لقانون العقود، وبالتالي تطبق

180- المزارعة شركة في الزرع -أي في المحصول الزراعي- بين طرف يقدم الأرض وآخر يقدم العمل الزراعي. ومن حكمتها أن صاحب الأرض قد لا يحسن الزراعة. والمزارع قد لا يملك الأرض، وبالتالي فإن المزارعة تلبي حاجتهما معا مع ما في ذلك من تنمية الأرض، وهي من جنس المشاركات وليس من جنس المؤاجرات.
- رفيق يونس المصري، مرجع سابق، ص 230.

Scanné avec CamScanner

أحكامه على العقود المنشئة للحقوق العينية العرفية، وعلى العقود المتعلقة بالعقارات غير المحفظة لا فرق في ذلك بين الحقوق العينية والشخصية وعلى عقود الاستغلال التقليدي للأرض سواء في شكل شركة أو كراء كالخماسة والمغارسة[181] والمساقاة[182] ومن جهة ثانية، مصدرا مكملا له، إذ أن هناك نصوص خاصة تحيل عليه من بينها مثلا مدونة الأسرة[183] ومدونة الحقوق العينية[184].

هذا، فضلا عن أنه يؤلف مصدرا تفسيريا للعقود، بدليل أن القضاء في العديد من المناسبات، فسر فصول ظهير الالتزامات والعقود

181- المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام. ولا يمكن أن يكون محل عقد المغارسة حقوقا مشاعة.
ويجب أن يبرم في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه، ويبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر.

182- يراد بالمساقاة دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء معلوم من ثمره. والشجر الذي يصلح للمساقاة حسب اتفاق الفقهاء، هو النخيل والكروم، لبروز ثمرهما وإمكان خرصهما، واختلفوا فيما يلحق بهما.

183- تنص المادة 400 من الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004. ص 8- كما عدلت المادة 16 منها بموجب الظهير الشريف رقم 1.16.2 الصادر في 12 يناير 2016 بتنفيذ القانون رقم 102.15-المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 25 يناير 2016. ص 420- على أن:
" كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

184- تقضي المادة 1 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، بأنه: " تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.
تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود فيما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

Scanné avec CamScanner

في ضوء ما تفيد به مقتضياته، كما فعل بخصوص مفهوم النظام العام وتصرفات المريض مرض الموت وغيرهما.

وأكد المجلس الأعلى في بعض قراراته بأنه لا تطبق قواعد الفقه الإسلامي[185] إلا في حالة عدم وجود نص في قانون الالتزامات والعقود.

2- العرف

إلى جانب الفقه الإسلامي، يشكل العرف[186] مصدرا للعقود المسماة، ذلك أن جل القواعد التي سنها لها المشرع تكتسي صبغة مكملة، مما يفسح معه المجال لمخالفتها إما بالاتفاق على حكم مخالف أو الركون إلى العرف والعادة المخالفين[187].

ولما كان المشرع من خلال تنظيمه لبعض العقود لا يفعل أكثر من صياغة ما تواترت عليه الممارسة في باب المعاملات، فإنه يمكن اعتبارها من هذا المنطلق مصدرا للعقود المسماة[188].

---

185 – للمزيد من التفصيل حول الفقه الإسلامي كمصدر للعقود، أنظر:
- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، من ص 141 إلى ص 149.

186– في إطار القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، ينص الفصل 475 على أنه:
"لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا القانون إن كان صريحا".

187 – وتعتبر الأعراف كما هو معلوم مصدرا مهما للعقود التجارية، ذلك أن معظمها إنما نشأ عن الممارسة التجارية.

188 – تطلق الممارسة القانونية على عمل رجال القانون الممارسين من محامين وموثقين وخبراء ومستشارين قانونيين... الذين بحكم مهنتهم يسهرون على تفسير القانون وتطبيقه على الأوضاع التي يعنون بها. أما الممارسة التعاقدية فتعد في الميدان التجاري مثلا مصدرا ماديا للعقود الجديدة التي نظمتها المدونة، كالعقود البنكية وغيرها.
للمزيد من الشرح في هذا الصدد، أنظر:
-Philippe Malaurie. Laurant aynès : OP.cit.P 19.

Scanné avec CamScanner

3- الاجتهاد القضائي

رغم أن تشريعنا لم ينص صراحة على الاجتهاد القضائي كمصدر القانون بصورة عامة، إلا أن هذا لا يعني تغييب أي دور له، ونحن نعلم أنه لطالما سد ثغرات التشريع وطوره، وكثيرا ما تبنى المشرع الحلول التي اهتدى إليها أثناء إعادة صياغته لبعض النصوص[189].

وللإشارة، فإنه على عكس العقود المدنية الواردة في قانون الالتزامات والعقود، فإن الاتفاقيات الدولية تشكل مصدرا مهما بالنسبة لعقود أخرى، خاصة منها التجارية والبنكية، إذ أنها تعتبر وسيلة فعالة لتوحيد قواعد القانون. وفي هذا الصدد، تسهر هيئات دولية -كلجنة الأمم المتحدة المتعلقة بالتجارة الدولية- على توحيد القوانين المرتبطة بهذه العقود.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الاتفاقية سواء كانت ثنائية أو جماعية، ترجح على القانون الداخلي كلما حصل تعارض على أحكامهما، وهو مبدأ متأصل في القانون الدولي العام، وكذلك في بعض القوانين الداخلية- كقانون المسطرة الجنائية[190] ومدونة الشغل[191]

- أحمد ادريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، من ص 150 إلى ص 156.

-Philippe Malaurie. Laurant aynès : OP.cit.P 19.

189- أنظر نفس المرجع المذكور في الهامش السابق، ص 156 وص 157.

190- أنظر الفصل 713 من الظهير الشريف رقم 1.02.255 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بقانون المسطرة الجنائية -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003، ص 315 كما عدل بالقوانين رقم 36.10 و 37.10 و 35.11 الصادرة في إطار مخطط إصلاح القضاء سنة 2011.

191- أنظر ديباجة الظهير الشريف رقم 1.03.194 الصادر بتاريخ 11 شتنبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5167 في 8 دجنبر 2003، ص 3969.

وقانون الجنسية[192]- كما أنه أصبح مع الدستور الحالي مقتضى دستوريا تم تكريسه في التصدير الذي يشكل جزءا لا يتجزأ من الدستور[193].

ونافلة القول، إذا كانت العقود المسماة تخضع للقواعد العامة في نظرية العقد، فإن خصوصيتها اقتضت وضع أحكام خاصة بكل عقد على حدة، وعند التطبيق تقدم هذه الأخيرة على الأولى، أضف إلى ذلك أن الأحكام الخاصة سرعان ما تغدو بمثابة شريعة عامة بالنسبة للعقود الجديدة التي أفرزها التطور.

192- أنظر الفصل 1 من الظهير الشريف رقم 1.58.250 الصادر في 6 شتنبر 1958 المتعلق بقانون الجنسية المغربية- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2395 بتاريخ 19 شتنبر 1958، ص 2190- كما تم تعديله وتتميمه بالظهير الشريف الصادر في 23 مارس 2007 بتنفيذ القانون رقم 62.06 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 2 أبريل 2007، ص 1116.

193- أنظر مطلع الفقرة 4 من تصدير الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر بتاريخ 29 يوليوز 2011 بتنفيذ نص الدستور.

الفصل الثاني
نماذج من العقود المدنية

مع أن قانون الالتزامات والعقود يحمل بين ثناياه تاريخا يضـرب بجذوره في القدم، إلا أنه رغم توالي السنين وتسارع التطورات لم يعرف تحولا جوهريا يسعفه في رفع التحديات التي يفرضها العالم اليوم. فهو من خلال بنيته التقليدية -التي لم تعد ملائمة لمتطلبات التنمية الاقتصادية ولا منسجمة مع النظام القانوني المعاصر وواقع المعاملات الحديثة- يجسد صورة لتعطل الآلة التشريعية -على الأقل بالنسبة إليه- وعدم مسايرتها لركب العلوم الحديثة التي مكنت النمط الآلي من غزو العالم، فصارت الآلة في يومنا هذا تكاد تحرك كل شيء وتتحكم فيه ليس فقط في مجال المعاملات المدنية والتجارية، وإنما في سائر الميادين، وأصبحت الإلكترونيات تسيطر على عالم المال والأعمال والأسواق.

وفي ظل هذه الأوضاع، كان من الطبيعي أن يغدو قانون الالتزامات والعقود غير قادر على استيعاب حمولاتها والتكيف مع مقتضياتها، مما حذا بالمشرع إلى التفكير في الخيارات اللازم اعتمادها.

وبالفعل، كان من بين المستجدات التي طعم بها هذا الأخير القانون المذكور، إدماج الوثيقة الإلكترونية في عداد وسائل الإثبات، وتقنين التوقيع الإلكتروني، فأتاح بذلك فرصة استعمال المستند الإلكتروني بدلا من المحرر الورقي في الحالات التي يقررها القانون، وأصبح من ثم التوقيع الإلكتروني مقبولا من الناحية القانونية شأنه في ذلك شأن التوقيع العادي، كما فسح المجال للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية كي تنضم إلى العقود الأخرى التقليدية.

وبعد أن كان ظهير الالتزامات والعقود ينطوي على 1250 فصلا موزعة على كتابين: إذ يخص الأول الالتزامات بوجه عام ويتعلق الثاني بمختلف العقود المسماة وأشباه العقود التي ترتبط بها، نجد

المشرع -نزولا عند دواعي التطور- قد سعى إلى إدخال تعديلات عليه بالتتميم والتغيير والإضافة.

وبتعبير آخر، فإنه علاوة على العقود المسماة التقليدية، برزت عقود أخرى جديدة اقتضتها روح العصر، منها ما تناوله المشرع في إطار قانون الالتزامات والعقود، ومنها ما نظمه بموجب نصوص خاصة.

وغني عن البيان، أنه يأتي في مقدمة العقود المسماة التقليدية، عقد البيع[194] - الذي أدرج المشرع ضمنه البيع المعقود من المريض في مرض موته[195] وبيع ملك الغير[196] وبعض الأنواع الخاصة من

194- نظم المشرع عقد البيع في الفصول من 478 إلى618 من ق.ل.ع والفصول من 1- 618 إلى 20- 618 المضافة بمقتضى القانون رقم 44.00، المغير والمتمم بموجب القانون 107.12.

والبيع -حسب الفصل 478 من ق.ل.ع-:

"عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق، في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له".

195- تنص الفصول 479 و 344 و 345 من ق.ل.ع على ما يلي:

-"البيع المعقود من المريض في مرض موته، تطبق عليه أحكام الفصل 344 إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيرا عن قيمته الحقيقية، أو اشتري منه شيء بثمن يتجاوز قيمته.

أما البيع المعقود من المريض لغير وارث، فتطبق عليه أحكام الفصل 345".

-"الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه، لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة".

-"الإبراء الذي يمنحه المريض في مرض موته لغير وارث، يصح في حدود ثلث ما يبقى في تركته، بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته".

196- و"بيع ملك الغير يقع صحيحا -عملا بالفصل 485 من ق.ل.ع-:

1- إذا أقره المالك.

2- إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع، وزيادة على ذلك يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير.

البيوع[197] كبيع الثنيا أو بيع الوفاء[198] والبيـــع المعلـــق علـــى شـــرط واقف[199] لمصلحة أحد المتعاقدين أو بيع الخيار[200] وبيـــع الســـلم[201]-

---

ولا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير".

197- تطرق المشرع إلى بعض الأنواع الخاصة من البيوع في الفصول مـــن 585 إلى 618 من ق.ل.ع، مضيفا في آخرها فرعا أفرده لبيـــع العقـــارات فـــي طـــور الإنجاز.

198- ينص كل من الفصل 585 و586 على أن:

-"البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثنيا، هـــو الـــذي يلتـــزم المشتري بمقتضاه بعد تمام انعقاده، بأن يرجع المبيع للبائع، في مقابل رد الثمن. يسوغ أن يرد بيع الثنيا على الأشياء المنقولة أو العقارية".

-"لا يسوغ أن تشترط رخصة الاسترداد لمدة تتجاوز ثلاث سنوات، فإن اشترطت لمدة أطول من هذا القدر ردت إليه".

199- الشرط الواقف هو كل شرط يعلق على تحققه انعقاد العقد أو ميلاد التزام أو نفاذه، ولا يجوز للملتزم تحت شرط واقف أن يجري قبل تحققه اي عمل من شـــأنه أن يمنع الدائن من مباشرة الحقوق التي تثبت له إذا ما تحقق الشرط.

أما الشرط الفاسخ، فهو كل شرط يؤدي تحققه إلى فسخ العقد بأثر رجعي وإعـــادة الأطراف إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد، وإلزام الدائن برد مـــا أخـــذه، أو بأداء التعويض إذا استحال عليه الرد لسبب يوجب مسؤوليته.

200- نص المشرع على بيع الخيار في الفصول من 601 إلى 612 من ق.ل.ع.

ينص الفصل 601 على أنه:

"يسوغ أن يشترط في عقد البيع، ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضـــه خـــلال مدة محددة.

ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا أو يجوز الاتفاق عليه، إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي".

ويقضي الفصل 604 منه المعدل والمتمم بظهير 25 أبريل 1917 بما يلي:

"يجب على المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار، أن يصرح بما إذا كان يقصـــد إمضاء العقد، أو نقضه في المواعيد الآتية:

أ- بالنسبة إلى العقارات البلدية والأراضي الزراعية، خلال مدة ستين يوما تبدأ من تاريخ العقد.

ب- بالنسبة إلى الحيوانات الداجنة وكل الأشياء المنقولة، خلال مدة خمسة أيام.

ومع ذلك، يسوغ للمتعاقدين أن يتفقوا على أجل أقصر، وكل اشتراط لأجل أطـــول يكون باطلا ويلزم إنقاصه إلى الآجال المبينة فيما سبق".

وعقد المعاوضة[202] وعقد الإجارة[203] -الذي تناول عليه الكراء[204] بما في ذلك عقود الكراء الفلاحية[205] إلى جانب إجارة الصنعة وإجارة

201- إن بيع السلم من البيوع الخاصة التي أفرد لها المشرع الفصول من 613 إلى 618 من ق.ل.ع.

وينص الفصل 613 على أن:

"السلم عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغا محددا للمتعاقد الآخر، الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه.

ولا يجوز إثبات بيع السلم إلا بالكتابة".

202- تعرض المشرع إلى عقد المعاوضة في الفصول من 619 إلى 625 من ق.ل.ع.

والمعاوضة حسب الفصل 619 من ق.ل.ع:

"عقد بمقتضاه يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا، في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر".

203- أفرد المشرع الفصول من 626 إلى 780 من الكتاب الثاني من ق.ل.ع للإجارة مع الأخذ بعين الاعتبار التعديلات والتتميمات والإضافات التي أدخلت على البعض منها بواسطة مجموعة من الظهائر.

ونغتنم الفرصة للإشارة، إلى أن الإجارة تعتبر في الفقه الإسلامي نوعا من البيع انطلاقا من أنها تمليك المنفعة بعوض، فشبهت بالبيع لاحتوائها على متعاقدين بمنزلة المتبايعين وعلى عوضين بمثابة الثمن والمثمن.

وهي في اللغة مشتقة من الأجر أو الأجرة أي ما يعطى من كراء الأجير. وتفيد لدى غالبية أهل العلم، تمليك المنافع بعوض، أو بيع منفعة معلومة بأجر معلوم. أو هي بصيغة أعم، عقد بمقتضاه تملك منفعة معلومة مقصودة من العين المستأجرة بعوض.

والإجارة جارية على خلاف القياس لأن المعقود عليه فيها المنفعة، وهذه تكون معدومة وقت التعاقد، بيد أنها رخصت للضرورة لشدة الحاجة إليها، شأنها في ذلك شأن الكثير من التصرفات. كما انعقد إجماع الفقهاء على مشروعيتها كتابا وسنة.

والجدير بالملاحظة أن المالكية يطلقون الإجارة على استئجار الآدمي وبعض المنقولات كالأثاث والثياب والأواني وما شابه ذلك، ويصطلحون تسمية الكراء على الدواب والأرض.

الخدمة[206]- وعقد الوديعة والحراسة[207] وعقد العارية[208] - الذي تعرض ضمنه إلى كل من عارية الاستعمال[209] وعارية الاستهلاك أو

- نورة غزلان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق ص 249 وهامشها.

204- خصص المشرع للكراء الفصول من 627 إلى 699 من ق.ل.ع.

والكراء حسب الفصل 627 "عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة، في مقابل أجرة محددة يلتزم الطرف الآخر بدفعها له".

205- تتضمن الفصول من 700 إلى 722 من ق.ل.ع المقتضيات المتعلقة بعقود الكراء الفلاحية.

وتبعا لما يفيد به الفصل 700 فإنه:

"يجوز إبرام كراء الأراضي الفلاحية لمدة أربعين سنة. فإن أبرم لمدة أطول ساغ لكل من المتعاقدين فسخه بعد انتهاء الأربعين سنة.

ويبدأ كراء الأراضي الفلاحية في 13 سبتمبر من التقويم الگريگوري ما لم يحدد المتعاقدان تاريخا آخر".

206- تنص على الأحكام الخاصة بإجارة الخدمة والصنعة الفصول من 723- المعدل والمتمم بظهير 18 دجنبر 1947- إلى 780 من ق.ل.ع، مع مراعاة التعديلات الطارئة على البعض منها.

وحسبما ورد في الفصل 723 المعدل والمتمم بموجب ظهير 18 دجنبر 1947 فإن:

"إجارة الخدمة أو العمل، عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد أو من أجل أداء عمل معين في نظير أجر يلتزم هذا الأخير بدفعه له.

وإجارة الصنعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له.

وفي الحالتين يتم العقد بتراضي الطرفين.

وإذا كان العقد ثابتا بالكتابة، أعفي من رسوم التسجيل والتنبر".

207- تناول المشرع الوديعة والحراسة في الفصول من 781 إلى 828 من ق.ل.ع.

1- تتعلق الفصول من 781 إلى 817 بالوديعة.

وينص كل من الفصل 781 ومطلع الفصل 789 المعدل والمتمم بظهير 6 فبراير 1951على ما يلي:

- "الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئا منقولا إلى آخر يلتزم بحفظه وبرده بعينه".

Scanné avec CamScanner

القرض[210]- وعقد الوكالة[211] وأشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة (الفضالة)[212] وعقد الاشتراك[213]- الذي قسمه إلى كل من الشياع أو

-"إذا تجاوزت قيمة الوديعة 200 درهم لزم إثباتها بالكتابة. ولا يسري هذا الحكم على الوديعة الاضطرارية ... ".

2- تناول المشرع الحراسة في الفصول من 818 إلى 828 من ق.ل.ع.

وجاء في الفصل 818 منه أن:

"إيداع الشيء المتنازع عليه بين يدي أحد من الغير، يسمى حراسة.

ويجوز أن ترد الحراسة على المنقولات أو العقارات. وهي تخضع لأحكام الوديعة الاختيارية ولأحكام هذا الباب".

208- تطرق المشرع إلى عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك أو القرض ثم القرض بفائدة في الفصول من 830 إلى 878 من ق.ل.ع.

209- تنص الفصول 831 و 832 و 835 على ما يلي:

-"عارية الاستعمال عقد بمقتضاه يسلم أحد طرفيه للآخر شيئا لكي يستعمله خلال أجل معين أو في غرض محدد على أن يرده بعينه.

وفي العارية يحتفظ المعير بملكية الشيء المستعار وبحيازته القانونية وليس للمستعير إلا مجرد استعماله".

-" يسوغ أن ترد عارية الاستعمال على الأشياء المنقولة والعقارية".

-" من أسس عارية الاستعمال، أن تكون على وجه التبرع".

210- تتعلق الفصول من 856 إلى 869 من ق.ل.ع بعارية الاستهلاك أو القرض.

وينص كل من الفصل 856 و 859 على أن:

-"عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى لاستعمالها، بشرط أن يرد المستعير عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة".

"يصح أن يرد القرض على:

أ- الأشياء المنقولة كالحيوانات والملابس والأثاث.

ب- الأشياء التي تستهلك بالاستعمال كالأطعمة والنقود".

211- عالج المشرع عقد الوكالة في الفصول من 879 إلى 942 من ق.ل.ع.

والوكالة كما ورد في كل من الفصل 879 و 888 :

-"الوكالة عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه.

ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل، أو لمصلحة الموكل والغير بل ولمصلحة الغير وحده".

-"الوكالة بلا أجر، ما لم يتفق على غير ذلك.

شبه الشركة[214] والشركة العقدية[215] وعقود الغرر[216] وعقد الصلح[217] وعقد الكفالة[218] -بنوعيه أي كفالة الالتزام[219] وكفالة الحضور[220] والرهن الحيازي[221].

غير أن مجانية الوكالة لا تفترض:
أولا: إذا كلف الوكيل بإجراء عمل داخل حرفته أو مهنته.
ثانيا: بين التجار فيما يتعلق بالمعاملات التجارية.
ثالثا: إذا قضى العرف بإعطاء أجر عن القيام بالأعمال التي هي محل الوكالة".
212- تعرض المشرع للفضالة في الفصول من 943 إلى 958 من ق.ل.ع.
وحسب الفصلين 943 و 953:
-" إذا باشر شخص باختياره أو بحكم الضرورة شؤون أحد من الغير، في غيابه أو بدون علمه وبدون أن يرخص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكالة وخضعت لأحكام الفصول من 944 إلى 958".
-" من أسس الفضالة أن تكون بغير أجر".
213- نظم المشرع عقد الاشتراك بنوعيه أي الشياع، والشركة العقدية في الفصول من 959 إلى 1091 من ق.ل.ع، غير أن القواعد الخاصة بالشركة العقدية الواردة فيه لا تطبق إلا إذا كانت غير متعارضة مع تلك المتعلقة بالشركات التجارية.
214- تتمحور الفصول من 960 إلى 981 من ق.ل.ع حول الشياع أو شبه الشركة.
ويعرف الفصل 960 الشياع كالآتي:
"إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشياع، فإنه تنشأ حالة قانونية تسمى الشياع أو شبه الشركة وهي إما اختيارية أو اضطرارية".
215 - تطرق المشرع إلى الشركة العقدية في إطار الفصول من 982 إلى 1091 من قانون الالتزامات والعقود.
والشركة العقدية في منطوق الفصل 982 من ق.ل.ع:
"الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا لتكون مشتركة بينهم بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها".
216- يمكن الوقوف على عقود الغرر في الفصول من 1092 إلى 1097 من ق.ل.ع.
وحسبما ورد في الفصلين 1092 و 1097 من ق.ل.ع فإن:
"كل التزام سببه دين المقامرة أو المراهنة يكون باطلا بقوة القانون".

Scanné avec CamScanner

"يستثنى... اللعب والمراهنة على سباق الأشخاص وسباق الخيل أو على الرماية أو على المباريات التي تجري على الماء، أو على غير ذلك من الأمور التي تتعلق بالمهارة والرياضة وذلك بشرط:

أولا: ألا تحصل المراهنة من أحد المتبارين للآخر.

ثانيا: ألا تحصل المراهنة بين المتفرجين بعضهم مع بعض".

217- عالج المشرع عقد الصلح في الفصول من 1098 إلى 1116 من ق.ل.ع.

والصلح كما جاء في الفصل 1098:

"عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معينا أو حقا".

218- ورد عقد الكفالة بنوعيه أي كفالة الالتزام وكفالة الحضور في الفصول من 1117 إلى 1169 من ق.ل.ع.

219- الكفالة حسب الفصل 1117:

"عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء دين المدين إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه".

ويتضح من الفصل 1131 أن:

"من أسس الكفالة أن تعقد بغير أجر، وكل شرط يقضي بإعطاء الكفيل أجرا عن كفالته يقع باطلا ويترتب عليه بطلان الكفالة نفسها.

ويستثنى من هذه القاعدة الكفالة التي تعقد بين التجار لأغراض التجارة إذا سمح العرف بإعطاء أجر عنها".

220- تتضمن الفصول 1161 إلى 1169 من ق.ل.ع الأحكام المتعلقة بكفالة الحضور، وهي حسب الفصل 1162:

"تعهد بمقتضاه يلتزم شخص بأن يحضر شخصا آخر أمام القضاء أو بأن يحضره عند حلول الالتزام أو عند الحاجة".

" من ليس له أن يتبرع بماله لا يحق أن يكون كفيل الحضور".

221- لا تفوتنا الإشارة هنا، إلى أن المشرع المغربي نظم الرهن الحيازي للمنقول في ق.ل.ع في الفصول من 1170 إلى 1240 منه، وكذا في الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية في المواد من 145 إلى 164 -وذلك بالنسبة للرهن العقاري- أما فيما يخص الرهن الرسمي، فقد تناوله في المواد من 165 إلى 213 وخصص المواد من 142 إلى 144 للامتيازات. وكما هو معلوم، فإن الرهون الحيازية والرسمية تندرج كلها ضمن الحقوق العينية التبعية المقررة في التشريع المغربي إلى جانب الامتيازات.

والرهن الحيازي كما ينص عليه الفصل 1170:

وعلاوة على العقود المسماة وأشباه العقود التي ترتبط بها والتي تناولها ظهير الالتزامات والعقود في الفصول من 478 إلى 1240، أفرد المشرع القسم الثاني عشر من الكتاب الثاني- أي الفصول من 1241 إلى 1250- "لمختلف أنواع الدائنين"[222].

وسعيا إلى تحيين منظومته القانونية وجعلها مواكبة لتطورات العصر، أدخل المشرع بعض التعديلات على قانون الالتزامات والعقود بدءا من الكتاب الثاني: "في مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي ترتبط بها" حيث أضاف نوعا جديدا من العقود إلى عقد البيع ألا وهو بيع العقارات في طور الإنجاز، وخارج إطار قانون الالتزامات والعقود، صاغ الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار ثم بعد ذلك، واستجابة للثورة التكنولوجية التي أصبحت تغزو سائر المجالات، أدخل مستجدا على الكتاب الأول: "في الالتزامات بوجه عام" ويتعلق الأمر بالعقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية؛ وحماية للمستهلك بصورة عامة، وتعزيزا للترسانة القانونية

"عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا لضمان الالتزام. وهو يمنح الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين".

أما في منطوق المادة 145 من مدونة الحقوق العينية فإنه:

"حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه.

تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ".

222- إن أموال المدين تشكل ضمانا عاما لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية؛ وتتمثل هذه الأخيرة في الامتيازات والرهون وحق الحبس.

والامتياز هو حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين، بحيث إن الدين الممتاز يقدم على كافة الديون الأخرى ولو كانت مضمونة برهون رسمية، وتحدد الأفضلية بين الدائنين الممتازين على أساس الأنواع المختلفة للامتيازات.

المتعلقة بهذا الموضوع، أصدر قانونا جديدا يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

ومن صلب هذه المقتضيات الجديدة استقينا أمهات المسائل التي تتعلق بمواضيع هذه الدراسة، التي سنتطرق إليها على النحو التالي:

Scanné avec CamScanner

المبحث الأول
عقد البيع

يحتل البيع مركز الصدارة بالنسبة للعقود الناقلة للملكية، مثلما الإيجار بالنسبة للعقود الواردة على منافع الأعيان، وكذا بين أنواع العقود المسماة في التشريعات المدنية، ليس فحسب على مستوى الأولوية في الترتيب الفني لها، وإنما أيضا من حيث عدد الأحكام التي يستقل بها، وربما يعزى ذلك إلى قدمه وانتشاره الكبير وأهميته في الحياة العملية، فهو الأساس القانوني للمعاملات، مما ساهم في تنوع عقود البيع بتنوع موضوعاتها وأشخاصها[223] لكن رغم تنوع القوانين

223- فعلى سبيل المثال، نجد في إطار القانون رقم 31.08 تنصيصا على أنواع من البيوع، "كعقد البيع المبرم عن بعد" المنصوص عليه في المادة 27 التي جاء فيها أنه:

"يكون عقد البيع عن بعد بوسيلة إلكترونية صحيحا، إذا أبرم طبقا للشروط المنصوص عليها في القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والتشريعات المعمول بها في هذا المجال وكذا الشروط الواردة في هذا القانون".

"والبيع خارج المحلات التجارية" الذي عرفه المشرع في المادة 45 بقوله:

"يخضع لأحكام هذا الباب كل من يمارس أو يعمل على ممارسة البيع خارج المحلات التجارية في موطن شخص طبيعي أو في محل إقامته أو مقر عمله، ولو بطلب منه، لأجل أن يقترح عليه شراء منتوجات أو سلع أو بيعها أو إيجارها المفضي إلى البيع أو إيجارها مع خيار الشراء أو تقديم خدمات.

ويخضع كذلك لأحكام هذا الباب، البيع خارج المحلات التجارية في الأماكن غير المعدة لتسويق المنتوج أو السلعة أو الخدمة المقترحة ولاسيما تنظيم اجتماعات أو رحلات من قبل المورد أو لفائدته قصد إنجاز العمليات المحددة في الفقرة الأولى".

و"البيع بالتخفيض" الذي عرفه في المادة 53 بكونه:

"البيع المقترن أو المسبوق بإشهار والمعلن عنه باعتباره يهدف إلى التصريف السريع للمنتوجات والسلع المخزونة عن طريق تخفيض السعر".

مضيفا في الفقرة 1 من المادة الموالية أنه:

"لا يجوز أن يتم البيع بالتخفيض إلا إذا كان مقترنا بإعلان واضح ومقروء للفظة تخفيض".

المنظمة لمختلف البيوعات، فإن القواعد الواردة في قانون الالتزامات والعقود- في الفصول من 478 إلى 618- تظل هي الأصل، ويتجسد نهج المشرع في صياغته لهذه الأخيرة في تخصيص الباب الأول للبيع بوجه عام والثاني لآثاره، والثالث لأنواع خاصة من البيوع.

Scanné avec CamScanner

المطلب الأول
ماهية عقد البيع

يتمحور موضوع هذا المطلب حول إبراز مفهوم البيع وخصائصه الأساسية وكذا تمييزه عن بعض العقود التي قد تلتبس به.

الفقرة الأولى: تعريف عقد البيع

يعد البيع من عقود المعاوضات، ومعناه مبادلة المال بالمال[224] لغرض التملك، أو هو مبادلة المال المتقوم تمليكا وتملكا.
وهو من حروف الأضداد في كلام العرب، إذ يقال باع فلان إذا اشترى وباع من غيره[225] ومنه قوله تعالى: "وشروه بثمن بخس دراهم معدودات[226]" أي باعوه، فشرى إذن بمعنى باع بعكس اشترى.

وهو على حد تعبير المشرع المغربي[227]:
"عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له".
أما المشرع العراقي مثلا فيذهب[228] إلى أن البيع باعتبار المبيع، إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف، أو بيع العين بالعين، وهي المقايضة.

224- وهو التعريف الذي أطلقه القانون المدني العراقي على البيع في المادة 506 منه.
225- مشار إليه لدى:
- نورة غزلان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 241.
226- الآية 20 من سورة يوسف.
227- في الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود.
228- في المادة 507 من القانون المدني.

الفقرة الثانية: الخصائص الأساسية لعقد البيع

من المعلوم، أن البيع ينفرد بمجموعة من الخصائص، منها أنه عقد مسمى وعقد فوري وعقد فردي وعقد بسيط وعقد مساومة وعقد محدد القيمة وعقد معاوضة وعقد تبادلي وغيرها، إلا أن أبرزها تتمثل في أنه يعتبر من العقود الناقلة للملكية شأنه في ذلك شأن المعاوضة والهبة، ناهيك عن أنه يرد على الأشياء وكذلك على الحقوق كما أنه عقد رضائي كمبدأ عام، بمعنى أن إبرامه لا يتوقف على إجراء شكلي معين بل كما ينص على ذلك المشرع[229]:

"يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى".

غير أنه يتم الخروج على هذا المقتضى في الأحوال التي يتطلب فيها القانون -إضافة إلى الرضى طبعا- شكلا معينا لقيام البيع منها أنه إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب إجراء البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ[230] ولا

229- في الفصل 488 من ق.ل.ع.

230- في سياق ضمان الاقتدار المهني والاحترافية اللازمة لدى الجهات التي تتولى تحرير العقود المرتبطة بالمعاملات العقارية، وانسجاما مع ما تطلبه هذه العملية من دقة من أجل تحقيق الأمن التوثيقي، عمد المشرع في السنوات الأخيرة إلى تنظيم توثيق العقود ذات الصلة بالمجال المذكور بموجب مجموعة من القوانين -كالقانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز كما غير وتمم بالقانون 107.12، والقانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، كما غير بموجب القانون 106.12، والقانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، والقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية- التي تفرض تحرير بعض هذه العقود إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنتظمة تحت طائلة البطلان. وفي السنوات الأخيرة، وضعت وزارة العدل والحريات مشروع قانون تحت رقم 88.12 حول تنظيم مهنة وكيل الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ الذي لازال لحد الساعة قيد الدراسة لدى لجنة العدل والتشريع بمجلس النواب -والذي من بين ما ورد في مذكرته التقديمية أنه- في ظل تطبيق المقتضيات القانونية الجديدة- يمنع

يكون له أثر في مواجهة الغير، إلا إذا سجل[231] في الشكل المحدد بمقتضى القانون[232].

على وكلاء الأعمال المرخص لهم في إطار ظهير 12 يناير 1945 تحرير العقود ثابتة التاريخ.

231- من الملاحظ، أن المشرع كان يستعمل في ظهير التحفيظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913 قبل تعديله وتتميمه بالظهير الشريف رقم 1.11.177 الصادر في 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري – المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011 ص 5575- تارة عبارة التسجيل في عدد من الفصول منها الفصول 66، 67، 68، 69، 75 وتارة أخرى عبارة التقييد، كما في الفصلين 60 و 99، وهي العبارة التي يستعملها اليوم القانون رقم 14.07.

ومع أن الغاية منهما معا تتمثل في تقييد التصرفات بالسجل العقاري، إلا أنه يجب التمييز بينهما، ذلك أن المقصود بالتسجيل هو أداء الواجبات المستحقة للخزينة بمناسبة إبرام التصرفات الناقلة للملكية، وهي رسوم تستحق عن التفويتات العقارية العوضية، في حين أن التقييد يعني تقييد التصرفات القانونية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية لدى المحافظة على الأملاك العقارية.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المشرع بعد أن حدد في الفصل 65 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 التصرفات والأعمال الواجب إشهارها وتقييدها في السجل العقاري بقوله:

"يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات وكل حوالة بقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه".

نص في الفصل 66 المعدل والمتمم بالقانون المذكور على أن:

"كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

وهو عقد ملزم للجانبين، إذ أن البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع إلى المشتري وكذا بضمانه من الاستحقاق ومن العيوب، وفي المقابل يلتزم الثاني بدفع الثمن المتفق عليه وتسلم الشيء المبيع في الوقت المناسب[233].

والبيع أيضا من عقود المعاوضات، والعوض فيه ثمن نقدي الأمر الذي يميزه عن عقود يكون فيها المقابل أو الأداء شيئا آخر غير "الثمن" مثلما في عقد المعاوضة أو المقايضة، وفق ما سنبينه لاحقا.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة".

كما قضى في الفصل 67 منه بما يلي:

"إن الأفعال الإرادية والاتفاقيات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض، وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

والجدير بالذكر، أنه إذا كان المبدأ العام المقرر في الفصلين 65 و66 المشار إليهما سابقا هو أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري، فإن المشرع استثنى من التقييد صراحة، بعض الحقوق العينية العقارية من ذلك: الامتياز الواقع على العقارات والارتفاقات الطبيعية والقانونية، والحقوق المكتسبة على المياه العامة.

والجدير بالإشارة، أنه بتاريخ 30 دجنبر 2013 صدر الظهير الشريف رقم 1.13.116 القاضي بتنفيذ القانون رقم 57.12 المتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6224 في 23 يناير 2014. ص 262. وفي 11 أبريل 2014 صدر المرسوم رقم 2.14.173 بشأن تطبيقه. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6252 بتاريخ فاتح ماي 2014. ص 4352. كما صدر بتاريخ 14 يوليوز 2014 المرسوم رقم 2.13.18 بشأن إجراءات التحفيظ العقاري. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6277 بتاريخ 28 يوليوز 2014. ص 6119.

232- الفصل 489 من ق.ل.ع.

233- أنظر الفصل 498 والفصل 576 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

وهو كذلك عقد ناقل للملكية، بدليل أن المشرع المغربي جعله كافيا بذاته لنقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري حسبما يستشف من الفصل 491 من قانون الالتزامات والعقود، الذي جاء فيه أنه:
"يكتسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه".

الفقرة الثالثة: تمييز عقد البيع عن بعض العقود المشابهة

صحيح أن البيع عقد مسمى له كيانه الخاص، إلا أن هذا لا يمنع من وجود عقود أخرى تشترك معه في بعض عناصره، مما يطرح مسألة تمييزه عنها، كما هو الشأن بالنسبة لعلاقته بعقود أخرى ناقلة للملكية كالمعاوضة والهبة:

أولا: تمييز عقد البيع عن عقد المعاوضة

ليس البيع العقد الوحيد الناقل للملكية وإنما هناك عقود أخرى يكون فيها النقل بدون مقابل كما في الهبة، أو بمقابل إلا أن طبيعته غير نقدية مثلما هو الشأن بالنسبة للمعاوضة التي نظمها المشرع المغربي في الفصول من 619 إلى 625 من قانون الالتزامات والعقود[234].

ومن المعلوم أن المقايضة عقد قديم ومع ذلك فإنه لم يحظ سوى بالقليل من الأحكام، وظل في القانون الداخلي في البلدان ذات الاقتصاد النامي تصرفا نادرا يزاوله التجار، أما على الصعيد الدولي فيعرف انتعاشا مع عمليات المقاصة كأن يقدم بلد منتج للنفط قدرا من إنتاجه مقابل توريد السلع[235].

234- لأخذ فكرة عنها في القانون المدني الفرنسي، أنظر على سبيل المثال:
- جيروم هوييه، مرجع سابق، من ص 639 إلى ص 643.
235- شكلت المقايضة كما هو معلوم، ذلك النظام الذي كان مألوفا ومنتشرا في مراحل سابقة من التاريخ في مجال المعاملات لاسيما التجارية منها، غير أنه بمرور الزمن وعلى إثر تطور هذه الأخيرة، أصبحت الهيمنة للبيع الذي عرفت

وقد عرف المشرع المغربي المعاوضة في الفصل 619 من قانون الالتزامات والعقود بقوله:
"المعاوضة عقد بمقتضاه، يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا في مقابل شيء أو حق من نفس نوعه أو من نوع آخر".

ويتميز عقد المعاوضة بنفس خصائص عقد البيع، منها أنه عقد مسمى ورضائي إذ يتم بتراضي المتعاقدين[236] على البدلين وعلى المسائل الأخرى التي يعتبرانها أساسية، هذا هو الأصل، غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار محل المعاوضة: فإن كان عقارا أو أشياء أخرى يجوز رهنها رهنا رسميا، وجب كتابة العقد في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل حسب الشكل المحدد في القانون[237]. وإن كان عقارا أو حقوقا عقارية وقدمت دعوى لفسخها لزم تقييد ذلك على هامش تسجيل العقد[238] ثم إن كان عقارا محفظا أو حقا

أنماطه تحولا كبيرا اقتضته ضرورة مسايرة واقع الأسواق ومواجهة الاحتكار والمنافسة، والذي بلغ ذروته بميلاد ما يسمى بعلم التسويق الذي لا يقف عند حدود الأساليب والمناهج العامة بل يهتم أساسا بدراسة خاصة للأسواق في ضوء ظروف العرض والطلب، ويعنى بسلوك المشترين ورغباتهم وطرق اختيار السلع وعرضها وتغليفها وتحديد أثمانها وتوزيعها، ناهيك عن أنه يشجع الابتكار والتجديد.
وبحكم أهميته استطاع البيع أن يحتل مكان الصدارة في قائمة العقود المسماة، ويستقطب عددا لا بأس به من مواد قانون الالتزامات والعقود ليس فقط اعتبارا لكثرة شيوعه وتداوله وإنما لكونه أيضا العقد الذي نشأت في كنفه أغلب القواعد العامة للعقد وبرزت فيه على وجه الخصوص قاعدة الرضائية.
وهذا لا يعني بتاتا عدم أهمية عقد المقايضة، بل هو تلميح فحسب إلى عموم الحاجة إلى عقد البيع، إذ ما يزال لهذا التصرف القانوني وجود وممارسة في الحدود المرسومة له قانونا. ونظرا لعلاقته الوطيدة بالبيع ارتأينا أن نعطي فكرة عنه.

236- أنظر الفقرة 1 من الفصل 620 من ق. ل. ع.
237- أنظر الفقرة 2 من الفصل 620 من ق. ل. ع.
238- وهو ما جاء في الفصل 624 من ق.ل.ع التي تحيل على الفصل 489 من نفس القانون.

Scanné avec CamScanner

من الحقوق العينية الواردة على عقارات محفظة، تعين تسجيل العقد في الرسم العقاري لدى المحافظة العقارية لينتج آثاره فيما بين طرفيه وكذا في مواجهة الغير.

وبالإضافة إلى كونه عقدا مسمى ورضائيا، فإنه يعد أيضا عقدا ملزما للجانبين وناقلا للملكية وفوري التنفيذ ومحدد القيمة وفرديا وبسيطا ثم إنه من عقود المساومة والمعاوضة.

وفيما يتعلق بأركان قيام عقد المعاوضة، نجد المشرع ينص صراحة[239] على أنه:

"تطبق أحكام البيع على المعاوضة في الحدود التي تسمح بها طبيعتها".

وهكذا، تسري بالنسبة لانعقاد المعاوضة جميع الأحكام الخاصة بإنشاء البيع باستثناء ما يتنافى مع طبيعة عقد المعاوضة كتلك المتعلقة بالثمن الذي يعد من خصوصيات عقد البيع وبالتالي يختلف عن البدل في عقد المعاوضة[240].

أما بالنسبة لآثار المعاوضة، فإنها تشبه تلك المترتبة عن عقد البيع ما عدا الثمن الذي لا يؤلف ركنا من أركانها، لذا تفاديا للتكرار نكتفي بإجمالها في أن كل متقايض يكتسب بقوة القانون ملكية الشيء الذي قايض به بمجرد تمام العقد بالتراضي فيما بينهما، ويتحمل كل منهما في مواجهة الآخر الالتزام بتسليم الشيء الذي قايض به في الحالة التي كان عليها وقت التعاقد وتسلمه حسب الاتفاق، وضمانه بمعنى حوزه والتصرف فيه بلا معارض وخلوه من العيوب[241] علما أن مصروفات

239- في الفصل 525 من ق.ل.ع الذي تقابله المادة 1707 من القانون المدني الفرنسي.

240- أنظر في هذا المعنى:

- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع، مرجع سابق، ص 12.

241- ذلك ما يفيد به الفصل 623 من قانون الالتزامات والعقود.

العقد لئن كانت في البيع تقع على عاتق المشتري فإنها في المعاوضة تقسم بقوة القانون بين الطرفين ما لم يشترطا غير ذلك[242].

وعليه، فإن المعاوضة لا ترمي إلى مبادلة شيء أو حق بمبلغ معين من النقود كما هو الأمر في البيع، بل تفيد مبادلة أشياء أو حقوق بأخرى سواء توحد نوعها أو اختلف، أما الاتفاق على مبادلة شيء أو حق في مقابل القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل فلا يعد معاوضة بل هو اتفاق غير مسمى؛ غير أنه يجوز في عقد المعاوضة تكملة أحد البدلين بمبلغ نقدي أو بأشياء أخرى متى كانت التكملة لا تزيد على قيمة أي من البدلين، وهو ما يصطلح عليه المعاوضة مع الفرق أو التبادل مع فرق الأنصبة.

وفي هذا السياق، ورد في الفصل 621 من نفس القانون أنه:
"إذا كان أحد العوضين أكثر من الآخر قيمة، ساغ تعويض الفرق بنقود أو بغيرها من الأشياء معجلا أو مؤجلا،ولا يسري هذا الحكم بين المسلمين إذا كان محل المعاوضة طعاما".

كما جاء في إحدى الدراسات في الموضوع أنه:
"يفترق التبادل عن البيع في أنه يشتمل على بدلين وليس على ثمن ويجب في هذه الحالة أن يترافق مع دفع مبلغ من النقود عندما لا تكون قيمة البدلين هي ذاتها بالضبط وحينئذ نكون إزاء تبادل مع فرق الأنصبة[243]".

وفي مثل هذه الحالة التي يقدم فيها أحد الأطراف للآخر شيئا أو حقا في مقابل شيء أو حق علاوة على مبلغ من النقود كتكملة يتحقق معها نوع من التعادل في الالتزامات، هل يلزم الأخذ بالنية المشتركة للطرفين وبالتالي اعتماد التكييف الذي يريدانه؟ أم تطبق قاعدة الفرع

242- وهو ما ينص عليه الفصل 622 من نفس القانون المشار إليه في الهامش السابق.

243- جيروم هوييه، مرجع سابق، ص 642.

Scanné avec CamScanner

يتبع الأصل[244] بحيث يجب معرفة أي من القيمتين النقدية أم العينية أكثر من الأخرى، فإن كانت الأولى اعتبر العقد بيعا وإن كانت الثانية اعتبر معاوضة؟ وهل يتعين مراعاة التفاوت الفادح بين القيمتين ومن ثم لا يعد الاتفاق بيعا إلا إذا كانت القيمة النقدية كبيرة جدا بالمقارنة مع القيمة العينية وإلا اعتبر الاتفاق معاوضة؟

مبدئيا ينبغي إعمال الوصف الذي يضفيه الطرفان على الاتفاق سواء عبرا عن ذلك صراحة أو استنتج ضمنا، وإذا تعذر الوصول إلى نيتهما المشتركة عن طريق التفسير، وجب اعتبار الاتفاق بيعا متى كان الجزء الغالب هو النقود، في حين إذا غلب الجزء العيني فإنه يعد معاوضة، وتبقى للقاضي في هذا المجال السلطة التقديرية الواسعة.

ثانيا: تمييز عقد البيع عن عقد الصلح

يؤدي القضاء الرسمي كما لا يخفى رسالة نبيلة قوامها الفصل في النزاعات بين الأفراد والجماعات وإصدار الأحكام بشأنها، لذلك لا غرو إن جعلته الدولة في قلب الخيارات الاستراتيجية التي تعلق عليها آمال كبيرة في زمن تنتشر فيه بكل ثقلها ثقافة حقوق الإنسان ودولة الحق والقانون ومتطلبات العولمة، التي تقتضي ليس فقط قيامه بمهامه التقليدية، وإنما أيضا مساهمته في التنمية بكل أبعادها وتخليق الحياة العامة ورفع تحديات العصر؛ ولتحقيق هذه الغايات كان لابد من تحديثه وتطويره ليواكب المعايير الدولية.

244- يعتمد الفقه الفرنسي المعاصر في هذا الصدد، القاعدة المشار إليها أعلاه وذلك حسبما تفيد به إحدى الدراسات:
- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، مرجع سابق ص 13.
أنظر كذلك:
- جيروم هوييه، مرجع سابق، ص 643.

وبالنسبة للمغرب، فإنه انخرط في برنامج شامل وعميق لإصلاح منظومة العدالة، من الأهداف الأساسية التي قررها، استفادة المحاكم من المعلوميات على نطاق واسع، واعتماد الوسائل البديلة لتسوية النزاعات والانفتاح على تجارب الدول الأخرى[245].

وهكذا، إذا كان التوجه لدى غالبية الدول يكمن منذ زمن غير بعيد في إيلاء عنايتها للحلول غير القضائية للنزاعات، فإنه من الثابت بالنسبة لبلادنا ترسخ تلك الوسائل في ثقافته ومعاملاته وتجـذرها فـي ثقافتـه الإسلامية والاجتماعية فهي إذن قديمة من حيث النشأة ومكرسـة فـي مجالات متنوعة، غير أن ضرورات العصر حتمت إحياءها وتنظيمهـا من جديد مثلما طرأ لكل من الحسبة والمظـالم؛ لاسـيما وأن الحاجـة أصبحت تدعو إلى تفعيل الوسائل البديلة على نطاق واسـع لتسـتجيب لمتطلبات العصر، ونظرا لأن التوجه نحو العدالة التصـالحية يشـكل اختيارا استراتيجيا لوضع حلول ناجعة للعديد من المنازعـات، الأمـر الذي يفسر انكباب وزارة العدل في إطار برامج التعاون الدولي، علـى إدخال هذا النوع من العدالة إلى نظامنا القانوني والقضائي، بل ونزولا عند التعليمات السامية لجلالة الملك في هذا الإطار.

وتعد الطرق البديلة لتسوية المنازعات بمثابة آليات قانونية للفصل في هذه الأخيرة بكيفية تختلف عما تتطلبه المسطرة القضـائية، وذلـك وفق شروط وإجراءات معينة، وإن كان اللجوء إليها لا يعني الاستغناء كليا عن القضاء الرسمي -فالبعض منها يستلزم تدخله لإصدار أمـر

245- أنظر في هذا الصدد:

- محمد سلام، الطرق البديلة لحل النزاعات: التجربة الأمريكية كنموذج. أشـغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس، بشراكة مـع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس. يومي 4 و5 أبريـل 2003. فـي موضـوع: الطرق البديلة لتسوية المنازعات. منشورات جمعيـة نشـر المعلومـة القانونيـة والقضائية. سلسلة الندوات والأيام الدراسية. العدد 2. الطبعة الأولى. سـنة 2004. ص 68 وص 69.

Scanné avec CamScanner

بتسخير القوة العمومية أو لتنفيذ حكم تحكيمي مثلا- الذي يحظى بمكانة متميزة باعتباره مؤسسة تمارس وظيفتها بتفويض من إمارة المؤمنين.

والطرق المذكورة -كالصلح والتحكيم[246] والوساطة[247]- تتسم بإيجابيات كثيرة - كالمرونة والفعالية والسرعة في البث والبساطة في

246- نظم المشرع المغربي التحكيم في الفصول من 306 إلى 54-327 من قانون المسطرة المدنية كما نسخ وعوض الباب الثامن من القسم الخامس منه بموجب الظهير الشريف رقم 1.04.169 الصادر بتاريخ 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 08.05. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 في 6 دجنبر 2007. ص 3894.
والتحكيم طريق خاص لحل المنازعات، مناطه الخروج على التقاضي العادي واختيار الخصوم لمحكم أو محكمين للفصل فيها؛ ومن ثم فإن التحكيم ينشأ من إرادة هؤلاء، التي تظل مع ذلك في حاجة إلى إقرار المشرع لجواز التحكيم وتنفيذ أحكام، أي أن التحكيم بهذا المفهوم لا يؤدي إلى نزع اختصاص المحاكم باعتبار أن هيئة التحكيم تستمد سلطاتها في الفصل في النزاع من المشرع نفسه، وأن أحكامها تحتاج إلى التذييل بالصيغة التنفيذية من قبل القضاء الرسمي.
وبتعبير آخر، فإن التحكيم يعني تلك المسطرة التي تهدف إلى حل وفض النزاع على يد محكم أو عدة محكمين يعينهم أطراف العقد بالاتفاق فيما بينهم ويستمدون سلطتهم من ذلك الاتفاق.
ويتفق الصلح مع التحكيم، في أن كلا منهما يندرج في عداد الوسائل البديلة لتسوية النزاعات، يهدف إلى حسم النزاع وإنهائه بالتراضي، وأن أساس كل منهما تصرف قانوني، غير أنه يختلف عنه من جوانب كثيرة منها أنه يتضمن عنصر التنازل المتبادل بين الأطراف عن كل أو بعض الادعاءات، على عكس التحكيم الذي لا يقتضي بالضرورة ذلك، كما أن القاضي في الصلح يستمد ولايته من القانون، وفي التحكيم يستمدها المحكم من إرادة الأطراف.
أنظر بخصوص التحكيم واختلافه عن الصلح:
- شمس الدين عبداتي، التحكيم التجاري قضاء المستقبل. المجلة المغربية للتحكيم التجاري. العدد 2. سنة 2003. ص 105.
- عبد الحفيظ الأمراني العلوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية: مفهوم التحكيم فقها وقضاء. المجلة المغربية للتحكيم التجاري. العدد 2. سنة 2003. ص 114.
- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري. طبعة سنة 2000. ص 30 وص 31.

Scanné avec CamScanner

الإجراءات، وغير ذلك- ساعدتها علـــى أن تمتــد إلـــى العديــد مــن القوانين[248]:

فمن المعلوم، أن مدونة التجارة جاءت بوسائل لتذليل الصــعوبات التي تعترض المقاولة ضمانا لاستمراريتها بدلا من تصــفيتها النهائيــة صاغتها في إطار مساطر خاصة إما بالوقاية مـــن الصــعوبات[249] أو بمعالجة هذه الصعوبات[250].

وفي الباب الثاني تحت عنوان: الوقاية الخارجية "التسوية الودية" أشار المشرع في أكثر من موضوع إلى "المصالح" بحيث تطرق إلـــى تعيينه والدور الذي يقوم به في إطار التسوية الودية، لاسيما العمل على إبرام الاتفاق الودي بين رئيس المقاولة التجارية أو الحرفية- التي مـــن

- إدريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح المسطرة المدنية. القانون القضـــائي الخاص وفق آخر التعديلات. الجزء الأول. الطبعة الأولى. سنة 1998. ص 655.

247- إلى جانب التحكيم، نظم المشرع الوساطة الاتفاقية في الفصول من 55-327 إلى 69-327 من نفس القانون المشار إليه أعلاه.

واتفاق الوساطة عقد يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبــرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد، بشرط أن يبرم كتابة إما في عقد رسمي أو عرفي أو في محضر يحرر أمام القاضي، ولا يجوز أن يشمل المسائل المستثناة من نطاق تطبيق الصلح، ولا إبرامه إلا مع مراعـــاة التحفظـــات أو الشـــروط أو الحدود المقررة لصحة هذا الأخير.

والجدير بالملاحظة، أنه يمكن إبرامه بعد نشوء النزاع، وهو مـــا يســـمى بعقـــد الوساطة، كما يمكن التنصيص عليه في الاتفاق الأصلي، وهو ما يســـمى بشـــرط الوساطة، وإذا تم إبرامه أثناء مسطرة جارية أمام المحكمة، ترتـــب عليـــه وقفهـــا ووجوب إعلامها به داخل أقرب الآجال.

248- لأخذ فكرة عن تطبيقات هاته الوسائل، أنظر مثلا:

- نورة غزلان، الطرق البديلة لتسوية المنازعات. مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الأسدس السادس. شعبة القانون الخاص. السنة الجامعية 2005-2006. جامعة الحسن الثاني. المحمدية. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. المحمدية.

249- أنظر المواد من 546 إلى 559 من مدونة التجارة.

250- أنظر المواد من 560 إلى 618 من نفس المدونة.

Scanné avec CamScanner

غير أن تكون في وضعية التوقف عن الدفع، تعاني من صعوبات قانونية أو اقتصادية أو مالية، أو لديها حاجات لا يمكن تغطيتها بواسطة تمويل يناسب إمكاناتها- والدائنين الرئيسيين، ذلك الاتفاق، الذي من شأنه أن يوقف أثناء مدة تنفيذه كل دعوى قضائية وكل إجراء فردي سواء كانت تخص منقولات المدين أو عقاراته بهدف الحصول على سداد الديون موضوع الاتفاق، ويوقف الآجال المحددة للدائنين تحت طائلة سقوط أو فسخ الحقوق المتعلقة بهم[251].

وفي إطار الكتاب السادس من مدونة الشغل تحت عنوان: "تسوية نزاعات الشغل الجماعية" تناول المشرع طرق هذه التسوية التي تتمثل في التصالح -على حد تعبير المشرع- والتحكيم، حيث خصص الباب الثاني للتصالح وفرعه إلى محاولة التصالح على مستوى مفتشية الشغل واللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة، ثم اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، بينما أفرد الباب الثالث للتحكيم، الذي تناول فيه مسطرة التحكيم، والطعن في القرارات التحكيمية، وتنفيذ اتفاقات التصالح والقرارات التحكيمية[252] وقبل ذلك كان المشرع قد نص في المادة 532 من هذه المدونة، وضمن المهام التي يقوم بها الأعوان المكلفون بتفتيش الشغل، على إجراء محاولة التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية.

ويعتبر الصلح بين الخصوم مستجدا مهما جاء به الظهير الشريف رقم 1.02.255 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية[253] حيث تناوله المشرع في إطارها كمسطرة ودية بين المتضرر والمشتكى به، تؤدي إلى وقف الدعوى العمومية تماشيا مع توجهات التشريع الجنائي الدولي الحديث الذي يسير في اتجاه إيلاء العناية لضحايا الجرائم وتمكينهم من الحصول على حقوقهم عبر تسوية حبية، بدل اللجوء إلى حكم قضائي، وكتدبير يشكل

251- أنظر المواد من 553 إلى 557 من مدونة التجارة.

252- أنظر المواد من 551 إلى 585 من مدونة الشغل.

253- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003. ص315.

Scanné avec CamScanner

حلا وسطا بين قراري الحفظ والمتابعة اللذين تملكهما النيابة العامة لاسيما وأنه يمكن من تجنب متابعة المتهم، وفي نفس الوقت يقدم حلا يصون حقوق الضحية وحقوق المجتمع، إلا أنه من جهة، يرتبط بجنح محددة على سبيل الحصر تتميز بعدم خطورتها على النظام العام واقتصار الضرر الناجم عنها على أطرافها الذين لابد من رضاهم لتحقيق الصلح، ومن جهة أخرى يتقيد بمراقبة القضاء له قبل إقراره بأمر قضائي يصدره رئيس المحكمة الابتدائية أو من ينوب عنه[254].

كما لا يخفى على أحد، المركز الذي تتبوأه الأسرة في صلب المشروع المجتمعي الديمقراطي الحداثي، الذي يجعل من أولوياته النهوض بحقوق الإنسان، مع التشبث بمقاصد الشريعة الإسلامية والانفتاح على روح العصر، حيث كان من نتائج الحرص الملكي السامي على الأسرة المغربية، هذا الإنتاج التاريخي ألا وهو مدونة الأسرة، التي من أبرز ما تتميز به كونها تشتمل على آليات إصلاح ذات البين بين الزوجين وتفادي لجوئهما إلى حل ميثاق الزوجية، وذلك بإجراء محاولة الصلح بواسطة حكمين تنتدبهما المحكمة أو من تراه مؤهلا لذلك أو تقوم به هي نفسها[255].

وتحت تسمية "المصالحة" تم تكريس الصلح أيضا في إطار قانون خاص ينظم عمليات الاستيراد والتصدير ويتضمن مقتضيات جبائية، ويتميز بالطابع التقني فيما يتعلق بالإجراءات والمساطر الجمركية، وبالطابع الجنائي بالنسبة للمنازعات الجمركية[256] ألا وهو القانون الجمركي[257] الذي يجيز للإدارة قبل الحكم النهائي، أن تصالح

254- أنظر المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية.

255- أنظر المواد من 81 إلى 83 و 89 و 94 و 95 و 97 و 114 و 120.

256- حيث يخول المشرع لكل من النيابة العامة وإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة حق تحريك الدعوى العمومية فيما يخص الجنح الجمركية.

257 - إن القانون الجمركي ليس قانونا حديث العهد في بلادنا، وإنما ظهرت بوادره منذ أوائل القرن العشرين، إذ يمكن اعتبار معاهدة الجزيرة الخضراء المبرمة في 7 أبريل 1906 نقطة الانطلاق في القانون الجمركي المغربي، الذي عرف تطورات

الأشخاص المتابعين من أجل أفعال مخالفة للقوانين والأنظمة الجمركية مع ما يترتب على ذلك بالنسبة للأطراف المتعاقدة من انقضاء دعوى النيابة العامة ودعوى الإدارة، أو بعده، وفي هذه الحالة لا تسقط عقوبة الحبس والتدبير الوقائي الشخصي، غير أن المصالحة - التي يجب أن تثبت كتابة على ورق مدموغ- يمكن أن تتضمن تخفيضات جزئية أو كلية للغرامات والمصادرات والمبالغ الأخرى المستحقة، ولا تصبح نهائية إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوزير المكلف بالمالية أو من طرف مدير الإدارة، وتلزم حينئذ الأطراف المتعاقدة بكيفية لا روج فيها ولا يمكن أن يقدم بشأنها أي طعن[258].

ويحتل الصلح مكانة مهمة بين العقود المسماة، إذ خصه المشرع بالفصول من 1098 إلى 1116 من قانون الالتزامات والعقود، وتعزى أهميته إلى وظيفته باعتباره آلية لقطع النزاع بين الأطراف، وإلى نطاقه الذي يتسع لكافة الاتفاقات التي تسير في هذا المنحى إلا ما استثني بنص القانون، بل إنه يجسد مظهرا من مظاهر العدالة التصالحية التي أصبحت تشكل منظومة قانونية إلى جانب العدالة القضائية.

والصلح هو قطع النزاع، أي المسالمة بعد المنازعة، وهو عقد يرفع النزاع ويقطع الخلاف بالتراضي، أو هو عقد يحسم به الطرفان

فيما بعد تجسدت عبر العديد من الظهائر والقرارات الوزارية إلى غاية سنة 1977 تاريخ صدور مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة بناء على الظهير الشريف رقم 1.00.222 الصادر في 5 يونيو 2000 بتنفيذ القانون رقم 99.02 المغيرة والمتممة بموجبه مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة المصادق عليها بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.77.339 بتاريخ 9 أكتوبر1977، هذا النص الذي ضخت فيه روح جديدة ليساير المناخ الاقتصادي الدولي ومتطلبات تحرير التجارة العالمية ورفع الحواجز الجمركية، وينسجم مع المنظومة الدولية، لاسيما فيما يخص المساطر الجمركية المتعلقة بالمبادلات التجارية، وليساهم كذلك في تأهيل ودعم الاقتصاد الوطني وتشجيع الاستثمار، وتحقيق العدالة الضريبية، ومحاربة الغش والتهريب، وتحقيق المنافسة المشروعة.

258- أنظر المواد من 237 إلى 276 من المدونة المشار إليها في الهامش السابق.

Scanné avec CamScanner

نزاعا قائما أو يتوقيان به حصول نزاع محتمل وذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعاءاته.

وهو في منطوق الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود "عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معينا أو حقا"[259].

وعلى هذا الأساس، فإن الصلح يتطلب وجود نزاع جدي قائم قد يعرض على القضاء ويحسم بين الطرفين عن طريق الصلح فيكون عندئذ صلحا قضائيا، أو مجرد احتمال وقوعه فيتم الصلح لتوقيه وفي هذه الحالة لا يكون صلحا قضائيا، هذا إلى جانب توفر نية حسم النزاع -كلا أو جزءا- بالصلح لدى طرفيه إما بإنهائه إذا كان قائما، أو بتوقيه إذا كان محتملا، ناهيك عن وجوب تنازل كل منهما عن جزء من ادعاءاته أو إعطاء الآخر مالا أو حقا معينا، لأن المهم هو التنازل دون تقييده بضرورة أن يكون متعادلا.

وللصلح عدة خصائص يتسم بها، منها أنه زيادة على كونه من العقود المسماة[260] فهو عقد معاوضة نظرا لأن كل متعاقد يتنازل للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو إعطائه مالا معينا أو حقا، وعقد فوري باعتبار أن الزمن لا يتدخل كعنصر جوهري في تكوينه، بل إنه ينتج

259- وفي نفس المعنى ما ورد في المادة 549 من القانون المدني المصري مثلا، التي جاء فيها أن: "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه". والمادة 1458 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي تنص على أن: "الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن شيء من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحق".

260- التي نظمها المشرع في الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود بموجب الفصول من 1098 إلى 1116.

Scanné avec CamScanner

آثاره القانونية لحظة إبرامه وقد يتأخر التنفيذ إلى أجل لاحق، وهو قد يكون عقدا محدد القيمة أو عقدا احتماليا بحسب مدى قدرة المتعاقدين على تحديد أو عدم تحديد قيمة الالتزامات المتولدة عنه، خاصة وأنه يجوز الصلح على الأموال أو الأشياء ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة لهما؛ وهو عقد ملزم للجانبين، لأنه يرتب التزامات متقابلة قوامها تنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو إعطائه مالا معينا أو حقا، بحيث إذا لم يتم تنفيذها من قبل أحدهما، حق للآخر أن يطلب إما تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين؛ وهو كقاعدة عامة عقد رضائي لا يتطلب المشرع لانعقاده شكلا خاصا، غير أنه إذا شمل إنشاء أو نقل أو تعديل حقوق واردة على العقارات أو غيرها من الأشياء التي يجوز رهنها رسميا، تعين إبرامه كتابة، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يسجل بنفس الكيفية التي يسجل بها البيع[261].

ومن أهم خصائص عقد الصلح أيضا، أنه ينصب على نزاع قائم أو محتمل، وأن التنازل بموجبه عن الادعاءات[262] يكون جزئيا لا كليا

261- أنظر الفصول 1098 و 1101 و 1104 و 1110 من قانون الالتزامات والعقود.

262- يشترك الصلح مع الدعوى في مسألة التنازل، إلا أن التنازل في القانون الإجرائي عموما، هو ترك الخصومة وسائر إجراءاتها من قبل الخصم مع احتفاظه بأصل الحق المدعى به.

وحسب قانون المسطرة المدنية المغربي يمكن التنازل عن الدعوى في جميع القضايا، غير أنه لا يمكن أن ينصب إلا على حق مسموح بالتخلي عنه ويملك المرء التصرف فيه، وشريطة أن يتم بعقد مكتوب أو بتصريح شفوي يضمن بالمحضر ويشار فيه إلى أن الخصم تنازل عن الدعوى التي أقامها بصفة أصلية أو عارضة أو عن الطلب الذي رفعه إلى القاضي في موضوع الحق، ويترتب عن التنازل محو الترافع أمام القضاء بالنسبة للطلبات المقدمة إليه، وليس تخلي الخصم عن موضوع الحق.

والتكييف القانوني الذي يعطيه أحد رجال الفقه القانوني للتنازل أو الترك على حد تعبيره، هو أنه تصرف قانوني إجرائي بإرادة منفردة يتمثل في تنازل الخصم عن

Scanné avec CamScanner

وأن الهدف منه حسم النزاع متى كان قائما وتوقيه إذا كان محتملا بشكل لا رجعة فيه ولو باتفاق الطرفين، وأنه لا يقبل التجزئة بحيث إن بطلان جزء منه أو إبطاله يقتضي بطلانه أو إبطاله كله إلا ما استثناه المشرع.

وغني عن البيان، أنه لا يمكن للصلح أن ينتج آثاره القانونية إلا إذا توفر على سائر الأركان المتطلبة قانونا لقيامه، أي أهلية للالتزام وتعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام، وشيء محقق يصلح أن يكون محلا للالتزام، وسبب مشروع للالتزام.

فبالنسبة للرضى، يعد الصلح عقدا رضائيا بحيث يكفي لانعقاده مبدئيا وجود الرضى علاوة على صحته وذلك بصدوره من ذي أهلية - وهي هنا أهلية التفويت بعوض في الأشياء التي يرد عليها الصلح[263]- وكذلك خلوه من العيوب التي قد تشوبه.

والملاحظ، بخصوص هذه الأخيرة أنه يسوغ الطعن في الصلح بسبب الإكراه والتدليس، وبسبب غلط مادي وقع في شخص المتعاقد الآخر أو في صفته أو في الشيء الذي كان محلا للنزاع، غير أنه لا يجوز الطعن

مركزه في الخصومة وحقه في التمسك بالسير فيها بينما يذهب آخر إلى أنه اتفاق يتم بإيجاب من المدعي وقبول من المدعى عليه

وإذا كان الفقه في معرض تكييفه للتنازل يختلف حول ما إذا كان هذا الأخير يعتبر تصرفا قانونيا صادرا من جانبين أو تصرفا بإرادة منفردة، فإنه لا يختلف بشأن الطبيعة العقدية للصلح، ولا بخصوص ما ينتج عنه من تنازل أحد الطرفين للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو إعطائه مالا معينا أو حقا، على عكس التنازل عن الدعوى التي يؤدي إلى محو الترافع أمام القضاء دون التخلي عن الحق.

انظر:

- الفصول من 119 إلى 123 من قانون المسطرة المدنية، والمواد من 231 إلى 236 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09.08 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

- الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي: دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم. دراسة تأصيلية وتحليلية. طبعة سنة 2009. ص 35.

263- أنظر الفصل 1099 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

فيه بسبب غلط في القانون أو بسبب الغبن ما لم يكن مقرونا بالتدليس[264].

ثم إن الصلح لا يقبل التجزئة، أي أنه إذا قبلت دعوى الطعن فيه وكان مآله البطلان أو الإبطال في جزء منه، فإن نفس الجزاء يسري على الكل ما عدا إذا تبين من عبارات العقد أو من طبيعة الاشتراطات أن المتعاقدين اعتبرا شروطه أجزاءً متميزة ومستقلة بعضها عن بعض أو إذا نتج البطلان عن عدم توفر الأهلية لدى أحدهما إذ يستفيد من هذا الأخير عديم الأهلية الذي تقرر لصالحه، ما لم يشترط صراحة أنه يترتب عن بطلان الصلح تحلل الجميع من حكمه[265].

وفيما يتعلق بالمحل، فإنه يتمثل في الحق المتنازع فيه، والذي يتعين أن تتوفر فيه الشروط المتطلبة في المحل بوجه عام أي أن يكون موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا وغير مخالف للنظام العام.

ونظرا للآثار القانونية للصلح، خاصة ما يتعلق بالتنازل، فإن المشرع المغربي عمل على تحديد المسائل التي يمكن أن يرد عليها وتلك التي تستثنى من نطاقه، ذاهبا إلى أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل، أو بحق النفقة وكذا في المسائل التي لا يجوز التعاقد عليها شرعا بين المسلمين[266].

وعلى العكس، يسوغ إجراء الصلح بخصوص المنافع المالية الناجمة عن مسألة تتعلق بالحالة الشخصية، أو عن الجريمة، وعلى الأموال أو الأشياء حتى ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة للطرفين

264- أنظر الفقرة 1 من الفصل 1111، والفصلان 1112 و 1113. وراجع أيضا الفصول من 40 إلى 55 من نفس القانون.

265- وفق ما أوضحه المشرع في الفصل 1114 من ق.ل.ع.

266- أنظر الفصول من 1100 إلى 1103 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

وعلى طريقة أداء حق النفقة أو أقساطه المستحقة، وعلى حقوق الورثة في التركة بعد ثبوتها فعلا لهم في مقابل مبلغ أقل مما يستحقونه فيها شرعا، وفقا لما يقضي به القانون، شريطة علمهم بمقدار حقهم فيها.

أما السبب فيه، فهو الدافع إلى إبرامه من قبل المتصالحين والذي ينبغي أن يكون موجودا ومشروعا تحت طائلة البطلان. وعليه، يجوز الطعن في الصلح لانتفاء السبب إذا كان قد أجري: على سند مزور، أو على سبب غير موجود، أو على نازلة سبق فصلها بمقتضى صلح صحيح، أو حكم غير قابل للاستئناف كان الطرفان أو أحدهما يجهل وجوده[267].

ومن حيث آثاره، يفضي الصلح إلى انقضاء الحقوق والادعاءات التي كانت محلا له بصفة نهائية، وتأكيد ملكية الأشياء التي تم تسليمها لكل من طرفيه والحقوق التي اعترف له بها من الطرف الآخر، وذلك بصفة نهائية لا رجعة فيها ولو باتفاق الطرفين - ما لم يكن أبرم باعتباره مجرد عقد معاوضة فقط[268]- لأن منطق الصلح هو الحسم البات في النزاع.

لكن، قد لا ينفذ أحد الطرفين الالتزامات التي تعهد بها، وفي هذه الحالة يحق للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد -إن كان ممكنا- أو فسخه[269] مع عدم الإخلال بتعويضه في الفرضيتين.

267- أنظر الفقرة 1 من الفصل 1111 من ق.ل.ع.
وما دمنا في معرض الحديث عن السبب في عقد الصلح، نشير إلى أن قانون الالتزامات والعقود، اعتبر "من تصالح على حق له، أو على حق تلقاه بناء على سبب معين، ثم كسبه من شخص آخر، أو بموجب سبب آخر، غير مرتبط بالنسبة لهذا الحق الذي كسبه من جديد، بالصلح السابق".
268- تم التنصيص على المنع المذكور في الفصل 1106 من نفس القانون.
269- إن عقد الصلح قد ينحل كذلك بالانفساخ الذي يختلف عن -الفسخ الذي هو عبارة عن نقض الصلح بفعل من المتعاقدين أو أحدهما- في كون الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه لسبب أجنبي.

وكما هو معلوم، فإن الفسخ يعيد المتعاقدين إلى نفس الوضع القانوني الذي كانا عليه عند إبرام العقد، ويخولهما استرداد ما أعطي تنفيذا له، دون المساس بالحقوق المكتسبة على وجه صحيح وعلى سبيل المعاوضة من لدن الغير الحسني النية، هذا ما لم تكن مباشرة الحق الذي حصل التنازل عنه متعذرة، إذ يقع الاسترداد وقتئذ على قيمته[270].

وعملا بمبدأ نسبية أثر الصلح، فإنه يتعين تفسير الصلح في حدود ضيقة كيفما كانت عباراته بحيث لا يسري سوى على المنازعات والحقوق التي ورد عليها. ومتى كان الاتفاق الذي سمي صلحا يتضمن في الحقيقة هبة أو بيعا أو غيرهما، وجب أن تطبق عليه بالنسبة لصحته وآثاره الأحكام المنظمة للعقد المبرم تحت اسم الصلح[271].

كانت هذه فكرة عامة عن عقد الصلح، أما فيما يتعلق بتمييزه عن عقد البيع، فهو يرد على الملكية شأنه في ذلك شأن البيع، وتطبق عليه - بإحالة صريحة من المشرع في الفصلين 1104 و 1107 من قانون الالتزامات والعقود- بعض المقتضيات الخاصة بالبيع، من ذلك مثلا كيفية التسجيل إذا كان محله عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يجوز رهنها رهنا رسميا، وكذا الضمان، ذلك أن كل متعاقد يضمن للآخر الأشياء التي يعطيها له على أساس الصلح، ومن ثم إذا سلم الشيء المتنازع عليه لأحدهما واستحق منه أو اكتشف فيه عيب موجب للضمان لزم إما فسخ الصلح كليا أو جزئيا، وإما المطالبة بإنقاص الثمن، ويكون الضمان الذي يتحمل به أحدهما تجاه الآخر هو الضمان المقرر لكراء الأشياء فيما لو قام الصلح على منح منفعة شيء لأجل محدد، ومع ذلك فإن الفرق الجوهري بينهما يتمثل في التنازل الذي يرتبط بالصلح دون البيع؛ إذ أن نقل ملكية المبيع إلى المشتري يكون في مقابل الثمن، في حين أن نقل ملكية الأشياء والحقوق في عقد الصلح يكون في مقابل تنازل كل طرف للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه.

270- حسبما يظهر من مضمون الفصل 1115 من ق.ل.ع.

271- راجع في هذا الشأن كلا من الفصل 1108 و 1116 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

وعلاقة بنقل الملكية في عقد الصلح، نود لفت النظر في هذا المقام إلى الخلط الكبير الذي وقعت فيه مجموعة من الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، حيث حملت المشرع المغربي مقتضى لم يقم بصياغته بتاتا في إطار الأحكام المنظمة للصلح، ناهيك عن أنها خلقت نوعا من الإرباك بالنسبة للقارئ، عن طريق اعتبار الصلح ذو أثر كاشف للحقوق لا منشئا لها، استنادا إلى القانون المدني المصري الذي ينص صراحة في المادة 554 منه على ما يلي:

"للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها" والتي لا علاقة لها لا بالفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه:

"الصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معينا أو حقا" ولا بالفصل 1105 الذي ينص على أنه:

"يترتب على الصلح أن تنقضي نهائيا الحقوق والادعاءات التي كانت له محلا، وأن يتأكد لكل من طرفيه ملكية الأشياء التي سلمت له والحقوق التي اعترف له بها من الطرف الآخر".

وهكذا، فإن مناط الصلح هو التنازل عن جزء من الحقوق التي ستصبح جارية في ملكية الطرفين أي أنها سوف تنقل إليهما.

Scanné avec CamScanner

ثالثا: تمييز عقد البيع عن عقد الهبة[272]

تنصب الهبة على الملكية، وهي من التصرفات التي تنبني على نية التبرع نظرا لعدم تلقي الواهب أي مقابل من الموهوب له، ومن هذه الزاوية تفترق عن البيع، غير أن الأمر يتعقد عندما تكون الهبة منطوية على التزامات يتحملها الموهوب له، قيمتها تعادل أو تفوق قيمة الشيء الموهوب، الأمر الذي يقتضي تكييف هذا التصرف انطلاقا مما إذا كان ينبغي الاعتداد بنية التبرع دائما، أم بقيمة العوض الذي يعطيه الموهوب له للواهب؟

إن العبرة في التفرقة بين العقدين لنية التبرع لدى الواهب، فإن وجدت كان العقد هبة ولو كانت بعوض نقدي كبير، وإذا انتفت كان العقد بيعا ولو كان المقابل النقدي أقل قيمة من الشيء المبيع، ولقاضي الموضوع الكشف عن هذه النية التي تدخل ضمن مسائل الواقع التي لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض؛ أما إذا كانت نية التبرع غير معلنة في العقد، فإن هذا الأخير يكون بيعا صوريا يخفي هبة مستترة، ومن ثم تطبق أحكام الصورية، وإذا كانت واضحة، فإنه يكون هبة مكشوفة ولا ينعقد العقد صحيحا إلا بمراعاة الشروط اللازمة لانعقاده وصحته[273].

272- يجب التنبيه في هذا الصدد إلى أن الهبة كالوصية كل منهما تعتبر عقدا لدى المشرع المغربي وحسب الصياغة التي استعملها في كل من المادة 274 من مدونة الحقوق العينية التي نص فيها على أن عقد الهبة ينعقد بالإيجاب والقبول في محرر رسمي تحت طائلة البطلان، والمادة 277 من مدونة الأسرة التي اعتبر فيها الوصية عقدا يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته، وذلك على خلاف الفقه الذي جرى على أن الهبة عقد يندرج ضمن العقود الناقلة للملكية شأنها في ذلك شأن البيع، في حين أن الوصية تصرف بإرادة منفردة ينضاف إلى بعد الموت، أي أنها تصرف في تركة المتصرف وليس في ماله حال حياته، وهي تختلف عن البيع في كونها لا تؤدي إلى انتقال الملكية في الحال، بل بعد وفاة المتصرف بغير مقابل، على عكس البيع الذي يعتبر الثمن فيه عنصرا جوهريا.

273- أنظر في هذا المعنى سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع. مرجع سابق، ص 21.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثاني
أركان عقد البيع

لا ينعقد البيع إلا بتوفر أركانه وهي المتبايعان، والمبيع والثمن والصيغة:

فالمتبايعان في عقد البيع هما البائع والمشتري، وتشترط فيهما الأهلية وسلامة الرضى، وطريقة التبايع بينهما تكون بالأصالة أو بالنيابة. والمعقود عليه في عقد البيع، هو المبيع والثمن، ويتطلب في المبيع ما يستلزم في محل الالتزام عموما، زيادة على أن تكون ملكيته ثابتة للبائع، كما يجب في الثمن أن يكون نقديا وجديا ومقدرا أو قابلا للتقدير. أما الصيغة في البيع، فيقصد بها التعبير عن الإرادة بالبيع والشراء بالتراضي.

تلكم هي أركان البيع كما دأبت العديد من الكتب على إيرادها[274] أما بالنسبة لدراستنا فستقتصر على التراضي على البيع والشراء والاتفاق على المبيع والثمن، ومنطلقنا في هذا المضمار النص الذي يقضي فيه المشرع بأن:

"البيع يتم بمجرد تراضي عاقديه[275] على البيع والشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى[276]" مع مراعاة ما إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يجوز رهنها رهنا رسميا حيث ينبغي في هذه الحالة إجراء البيع وفق الشكل الذي يتطلبه القانون[277]

274- أنظر على سبيل المثال:
- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

275- القاعدة العامة في الاتفاقات والعقود، أنها لا تتم إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرانها أساسية -حسبما ينص عليه الفصل 19 من ق.ل.ع- أما العناصر الثانوية، والتي ليس من شأنها التأثير على طبيعة العقد، فيمكن أن تكون موضوعا لاتفاق لاحق.

276- الفصل 488 من ق.ل.ع.

277- أنظر الفصل489 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

وهكذا، فإن الأركان الأساسية لعقد البيع هي التراضي على البيع والشراء، والاتفاق على المبيع والثمن.

ومادام البيع على جانب كبير من الأهمية، فإنه غالبا ما يكون مسبوقا "باتفاقات أولية" تمهيدا لإبرام العقد النهائي- كالتعاقد بالعربون والعقد الابتدائي وغيرهما[278]- تلك الاتفاقات التي تتجسد أكثر في البيوع المقرونة مثلا بشرط المذاق أو التجربة، ونحو ذلك.

278- أفرد المشرع المغربي الفصول من 288 إلى 290 من قانون الالتزامات والعقود، التي يستشف من المقتضيات الواردة فيها، أن العربون، هو تلك الجزء من الثمن الذي يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بقصد ضمان تنفيذ تعهده، فإذا نفذ هذا الأخير، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه، وإذا كان غير ممكن التنفيذ، أو فسخ العقد بخطأ من قدم العربون، كان لمن قبضه أن يحتفظ به ولا يلزم برده إلا بعد الحصول على تعويض تقضي به المحكمة لفائدته، أما إذا ألغي العقد بتراضي طرفيه، فإنه في هذه الحالة يتعين رده.
وبالرجوع إلى القانون المدني المصري، يتضح أن المشرع غلب في دفع العربون خيار العدول على تأكيد العقد، ذاهبا في المادة 103 إلى أن:
"1- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.
2- فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر".
وبتعبير آخر، فإن العربون لئن كان يؤدي وظيفة تأكيد إبرام العقد، إلا أنه يؤدي أيضا وظيفة خيار العدول لكل من الطرفين أو لأحدهما، بحيث يكون مبلغ العربون هو مقابل العدول الذي يخسره من عدل عن العقد من الطرفين، فإذا عدل المشتري فإنه لا يسترد مبلغ العربون الذي دفعه، وإذا عدل البائع، فإنه يلتزم برد ضعف هذا المبلغ.
هذا فيما يتعلق بالعربون، أما العقد الابتدائي، فيراد به في صورته الصحيحة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين، وهو يختلف عن البيع النهائي من حيث إن آثاره تظل مؤجلة إلى وقت إتمام هذا الأخير، ويبقى البائع محتفظا بحق حيازة المبيع واستغلاله، كما لا يلتزم المشتري بأن يدفع من الثمن إلا ما اتفق عليه من تسبيق كان للآخر أن يطالب قضائيا بالتنفيذ، وفي هذه الحالة يقوم الحكم القضائي مقام البيع النهائي.

الفقرة الأولى: التراضي على البيع والشراء

يجب أن يكون الرضى في عقد البيع موجودا بالتعبير عن الإرادة وتوافق الإرادتين على البيع والشراء، وأن يكون صحيحا بصدوره من ذي أهلية؛ ولما كان هذا العقد من عقود التصرف فإن الأهلية الواجبة فيه هي أهلية التصرف لا أهلية الإدارة[279].

وبصيغة أخرى، فإنه يتم الركون فيما يتعلق بالأهلية إلى القواعد العامة إلى جانب القواعد الخاصة بعقد البيع، وفي هذا الإطار جاء المشرع بحالات تكرس عدم صحة التصرف لأسباب شخصية، كما هو الأمر مثلا بالنسبة للبيع المعقود من المريض في مرض موته[280] لأحد ورثته بقصد محاباته، إذ لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة، وإن كان لغير وارث، فإنه لا يصح إلا في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته؛ أو مهنية، من ذلك أنه لا يسوغ للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم[281] الأموال المنقولة أو العقارية التي يناط بهم بيعها أو تقويمها، أو أن يأخذوا هذه

279- إن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قد تكون أعمال تصرف، وهي تلك التي تهدف إلى إخراج مال من الذمة بمقابل كالبيع، أو بغير مقابل كالهبة. وقد تكون أعمال إدارة وهي تلك التي يقصد بها استثمار الشيء واستغلاله مع بقائه في الذمة أي دون إخراجه منها، كالإيجار بالنسبة للمؤجر، فمثل هذه التصرفات ترمي إلى استغلال الشيء دون المساس بأصله بحيث تتفق مع الاستعمال الذي أعد له من قبل، فإذا كانت تتضمن تغييرا أساسيا فيه أو تعديلا في الغرض الذي أعد له كانت من أعمال الإدارة غير المعتادة، كإعادة بناء منزل مثلا.

280- ومرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ولو لسبب غير المرض وتنطبق عليه في القانون المدني المصري أحكام الوصية عملا بمقتضى الفقرة 1 من المادة 916 منه التي جاء فيها أن: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف".

281- ويعتبر وسطاء في مدلول الفصل 482، زوجات الأشخاص وأبناؤهم حتى ولو كانوا رشداء.

Scanné avec CamScanner

الأموال على سبيل المعاوضة أو الرهن تحت طائلة الحكم بالبطلان والتعويض[282] كما لا يحق لمتصرفي البلديات والمؤسسات العامة والأوصياء والمساعدون القضائيون أو المقدمون والآباء الذين يديرون أموال أبنائهم ووكلاء الدائنين في التفليسات (السنادكة) ومصفو الشركات، اكتساب أموال من ينوبون عنهم[283] إلا إذا كانوا يشاركونهم على الشياع في ملكيتها، أو أخذها على سبيل المعاوضة أو الرهن.

ثم إن الرضى ينبغي أن يكون خاليا من العيوب، والمقصود بها تلك المبينة في قانون الالتزامات والعقود، أي الغلط والتدليس والإكراه والغبن.

على أنه يلزم عدم الخلط بين عيوب الرضى وعيوب الشيء المبيع حيث إن الأولى تتصل بإرادة المتعاقد وترتبط بمرحلة تكوين العقد ويترتب

282- علما أن هذا المنع لا يمتد إلى هؤلاء الأشخاص إلا بالنسبة للحقوق المتنازع فيها، وفي هذا المعنى تفيد المادة 471 من نفس القانون المشار إليه في الهامش السابق بأنه:

"لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلا".

لذلك، قرر المشرع المصري أن الشراء في هذه الحالة يكون باطلا بطلانا مطلقا.

283- فالأصل هو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه سواء باعتباره نائبا عن كل من الطرفين وباعتباره نائبا أحدهما وأصيلا عن نفسه، غير أن هذه القاعدة ليست من متعلقات النظام العام، كما يتضح مثلا من الفقرة 2 من الفصل 480 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها:

"إلا أنه يمكن إجازة الحوالة أو البيع أو المعاوضة أو الرهن ممن حصل التصرف لصالحه، إذا كانت له أهلية التفويت، أو من المحكمة أو من أية سلطة مختصة أخرى..." والمادة 108 من القانون المدني المصري حيث ورد فيها أنه:

"لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد.

كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة".

Scanné avec CamScanner

على وجودها إبطاله[284] في حين أن الثانية تتعلق بالشيء المتعاقد عليه وهي بذلك لا تظهر إلا عند تنفيذ العقد رغم أن السبب الموجب للضمان كان موجودا قبل إبرامه –لا فرق بين أن تكون خفية أو ظاهرة أو مجرد نقص في المواصفات– وتخول فسخ العقد[285].

الفقرة الثانية: الاتفاق على المبيع

إن المبيع هو محل التزام البائع، ويخضع لأحكام محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، إذ يشترط فيه أن يكون موجودا أو على الأقل قابلا للوجود، ومعينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا أي داخلا في دائرة التعامل بحسب طبيعته أو بحكم القانون[286] ويمكن إضافة شرط آخر إلى الشروط السابقة، ويتمثل في وجوب كون المبيع مملوكا للبائع ملكية تامة، باعتبار أنه لا يصح مبدئيا بيع ملك الغير[287] الذي يعد صورة من صور التصرفات الواردة على محل مستقبل غير مستحيل استحالة مطلقة، لكنه غير محتمل الوجود نظرا للظروف الموضوعية الملابسة لإبرام العقد.

أولا: وجوب كون المبيع موجودا أو قابلا للوجود

يشترط في المبيع أن يكون موجودا أثناء التعاقد، حتى ولو هلك فيما بعد، ما لم يتفق على غير ذلك، على أساس أن البيع يكون تاما بتراضي عاقديه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى، ما لم يكن المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، حيث يجب إجراء البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ وتسجيله في الشكل الذي يحدده القانون

284– أنظر الفصل 39 من ق.ل.ع.

285– أنظر في ذلك الفصلان 549 و 556 من ق.ل.ع.

286– راجع الفصول من 57 إلى 61 من قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بمحل الالتزامات التعاقدية.

287– عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مرجع سابق، ص 107.

وبالتالي، فإن المشتري يكتسب بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بالتراضي، ويتحمل مصروفات العقد وتبعة هلاك المبيع ولو قبل حصول التسليم ما لم يشترط العكس[288].

وهكذا، فإن مقتضى شرط وجود المبيع، هو وجوده الفعلي أثناء إبرام العقد وإلا كان البيع باطلا لتخلف أحد أركانه الجوهرية، أما إذا انعقد بتوفرها كلها ثم استحال بعدئذ على البائع تسليم المبيع لهلاكه بقوة قاهرة فإنه ينفسخ، ويثبت للمشتري حق استرداد الثمن فيما لو دفعه أولا[289].

ويسوغ أن يكون المبيع شيئا أو حقا مستقبلا - أي قابلا للوجود- بحيث يغلب الاحتمال على وجوده مستقبلا-كأن يلتزم شخص ببيع عقار في طور الإنجاز، أو يتعهد صانع ببيع بضائع في طور الصنع ونحو ذلك من الصور- مع مراعاة الاستثناءات المقررة في هذا الباب، منها على سبيل المثال، منع التصرف في تركة مستقبلة لما في هذا الأمر من إخلال بالآداب وتضارب على موت إنسان لازال حيا. ويجد هذا المنع سنده في الفصل 61 من قانون الالتزامات والعقود[290].

والجدير بالذكر، أنه لا تدخل في نطاق قاعدة اشتراط وجود الشيء المبيع أثناء التعاقد، الأشياء المثلية، لأنها تكون دائما موجودة في الأسواق، على عكس الأشياء المعينة بالذات، التي قد تكون حاضرة أو مستقبلة بحسب ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين، ومن ثم فإن وجود المبيع

288- أنظر الفصول 488 و 489 و 491 و 493 من ق.ل.ع.

289- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مرجع سابق، ص 112.

290- الذي ينص على ما يلي:
"يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون. ومع ذلك، لا يجوز التنازل عن تركة الإنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها، أو في شيء مما تشتمل عليه، ولو حصل برضاه. وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا". وبطبيعة الحال، فإن ما يتصرف فيه المرء بموجب عقد الوصية في حدود الثلث يكون صحيحا.

Scanné avec CamScanner

أو قابليته للوجود، إنما هو شرط يتعلق بالأشياء المعينة بالذات دون غيرها.

ثانيا: وجوب كون المبيع معينا أو قابلا للتعيين

يشترط في المبيع أيضا أن يكون معينا أو قابلا للتعيين[291] ولعل الغاية من تعيين المبيع تعيينا جامعا لأوصافه ومشتملاته مانعا للجهل به وخلطه بغيره، هو حصول العلم به والتحقق من معرفته ولو لم يره المشتري، خصوصا وأن القاعدة هي عدم رؤية المشتري للمبيع والاكتفاء فحسب بالتعيين الدقيق له[292].

ومن ثم، فإنه يقصد بتعيين المبيع، حصول العلم به وعدم الجهل به جهالة فاحشة قد تمنع التبايع أو تكون سببا للنزاع.

وفي هذا الصدد ينص المشرع في أحد نصوص قانون الالتزامات والعقود:

"يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه. ولكن البيع لا يصح في هذه الحالة إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو القياس والصنف، على نحو يجيء معه رضى المتعاقدين على بينة وتبصر".

فالتعيين إذن يختلف بالنظر إلى طبيعة الشيء المبيع:

ففي بيع الأشياء القيمية -التي ليس لها مقابل في السوق- يكون التعيين بتحديد مواصفاتها بدقة كي لا تختلط بما يشابهها.

وفي بيع الأشياء المثلية، يتم التعيين عن طريق تحديدها بالنوع أو الوزن أو المقياس أو العدد أو الصنف[293].

291- عملا بالفصل 58 من ق.ل.ع الذي ورد فيه أن:
"الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه.
ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد".

292- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مرجع سابق، ص 148.

293- أنظر الفصل 486 من ق.ل.ع.

وفي البيع الجزافي[294] -وهو الذي يرد بثمن واحد على جملة أشياء دون أن يعتبر عددها أو وزنها أو قياسها، إلا لأجل تعيين ثمن المجموع[295]- يحصل التعيين بكيفية إجمالية في شكل صفقة واحدة مع تحديد جنس المبيع.

وفي بيع الخيار -وهو البيع الذي يشترط فيه ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة. ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا، ويجوز الاتفاق عليه، إما عند العقد، وإما بعده في فصل إضافي- لا يتحدد المبيع إلا وقت تحقق الشرط الواقف، وهو ما ينطبق على البيع بالعينة والبيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة:

ففي البيع بالعينة، يعين المبيع من خلال نموذج يمثل جزءا من المبيع ككل، وعلى البائع أن يضمن صفات النموذج في المبيع.

وفي البيع بشرط المذاق يتحمل البائع تبعة هلاك المبيع، ما لم يجر مذاقه ولم يتم قبوله من لدن المشتري.

وفي البيع بشرط التجربة، الذي يحتفظ فيه المشتري بحق تجربة المبيع ويعلق قبوله على مدى ملاءمته لحاجته الشخصية، لا يتم تحديد المبيع إلا بتجربته.

294- فالبيع الجزاف، يرد على الأشياء المثلية دون تقديرها، وإنما جزافا على أساس ما هو موجود منها في مكان معين بالذات، ونظرا لأن التعيين ينصرف فيه إلى هذا المكان، فإن البيع يعتبر بمثابة بيع لشيء معين بالذات وليس بيعا لشيء مثلي مع ما يترتب على ذلك من انتقال الملكية من وقت البيع وليس من وقت الإفراز كما في بيع المثليات؛ أما إذا تم تقدير هذه الأخيرة بالوزن أو بالعد أو بالكيل أو بالمقاس، فإن البيع يسمى حينئذ البيع بالتقدير، نسبة إلى تقديرها الذي ينبغي أن يحصل وجوبا عند تسليم المبيع إلى المشتري بحضور الطرفين أو نائبيهما.

315- تبعا لما ذكره المشرع في الفقرة 2 من الفصل 490. وفي الفقرة 1 منه نص على أنه:

"إذا حصل البيع جزافا، فإنه يكون تاما بمجرد أن يتراضى المتعاقدان على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى، ولو لم تكن الأشياء التي يرد عليها، قد وزنت أو عدت أو قيست أو كيلت".

Scanné avec CamScanner

ثالثا: وجوب كون المبيع قابلا للتعامل فيه[296]

إن الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل -إما بحكم القانون أو بحسب طبيعتها، أو بموجب الاتفاق[297]- لا يجوز أن تكون محلا للبيع نظرا لتخلف عنصر مشروعية المحل فيها[298] الذي يقوم إلى جانبه عنصر آخر يتلخص في قدرة البائع على التصرف في المبيع، بأن يكون مملوكا له، أما إذا كان غير كذلك، فتسري عليه عندئذ أحكام بيع ملك الغير.

الفقرة الثالثة: الاتفاق على الثمن[299]

الثمن هو محل التزام المشتري الذي يكمن في مبلغ من النقود يتعهد هذا الأخير بدفعه للبائع في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع إليه ويشترط فيه أن يكون نقديا وجديا ومقدرا أو قابلا للتقدير.

أولا: وجوب كون الثمن نقديا

يعني الثمن في اللغة، القيمة سواء من النقود أو من غيرها؛ وعلى عكس نظيره المغربي، عمل المشرع المصري على إبراز الوصف

296- أنظر الفصول 57 و 59 و 494 و 551 و 601 من ق.ل.ع.

297- إن المبيع الذي يخرج عن دائرة التعامل إما بحكم القانون، وإما بحكم طبيعته باعتباره يأبى البيع لعدم إمكانية الاستئثار به وحيازته، أو لعدم إمكانية تداوله بين الناس عرفا، وإما بموجب الاتفاق، لا يصلح أن يكون محلا في عقد البيع لانتفاء شرط قابلية التعامل فيه.

298- ينص مثلا الفصل 484 من ق.ل.ع على أنه:

"يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات وفقا لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة".

299- من النصوص التي تؤكد على عنصر الثمن في عقد البيع، الفصول 478 و 487 و488 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

النقدي للثمن باعتباره العنصر المميز للبيع عن غيره من التصرفات الأخرى، فذهب إلى أن:

"البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي[300]".

وهكذا، يكون المشرع المغربي قد اكتفى عند تعريفه لعقد البيع في الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود بالإشارة إلى الثمن دون أن يذكر صراحة نقديته. ومع ذلك لا يغني في عقد البيع شيئا آخر عن النقود المتداولة قانونا[301] سواء كانت ورقية أو معدنية أو غيرها[302] وإلا اعتبر العقد معاوضة لا بيعا، إذا تمت معاوضة شيء أو حق بشيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر.

300- أنظر الفصل 418 من القانون المدني المصري.

301- من المهام الأساسية التي يمارسها بنك المغرب الصادر بشأن قانونه الأساسي الظهير الشريف رقم 1.05.38 بتاريخ 23 نونبر 2005 بتنفيذ القانون رقم 76.03 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 في 20 فبراير 2006. ص 427- امتياز إصدار الأوراق البنكية والقطع النقدية الرائجة قانونا في المملكة المغربية كما تنص على ذلك المادة 5 منه.

ومن العمليات التي يباشرها إصدار الأوراق والنقود المعدنية وترويجها وسحبها وفي هذا السياق تنص المادة 15 منه على ما يلي:

"إن الأوراق والنقود المعدنية التي يصدرها البنك لها وحدها حق الرواج القانوني والقوة الإبرائية في مجموع تراب المملكة.

تحمل الأوراق البنكية توقيع كل من والي بنك المغرب ومندوب الحكومة".

302- من المعلوم أن النقود ظهرت بعد أن سادت المقايضة -أي مبادلة سلعة بأخرى أو خدمة بخدمة أو سلعة بخدمة- زمنا طويلا، واتخذت أشكالا مختلفة عبر مراحل تطورها من نقود سلعية إلى معدنية وورقية ثم مصرفية، وهذه الأخيرة هي أهم وسيلة للدفع في الاقتصاد المعاصر.

ثانيا: وجوب كون الثمن جديا

المقصود بالثمن الجدي، الثمن الذي يجري به التعاقد والذي يتعين أن يكون مساويا لقيمة المبيع حسب سعر السوق أو تبعا لما تعارف عليه الناس.

وهكذا، إذا كان الثمن بخسا، بحيث لا يمثل سوى جزءا من قيمة المبيع، فإن البيع يعتبر صحيحا، غير أن البائع يكون مغبونا وبالتالي يحق له المطالبة بإبطال العقد إن توفرت شروط الغبن.
فالغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر، أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله، واستثناءا يخول الإبطال، إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي، وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثم تدليس من الطرف الآخر، ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء.

في حين لو كان الثمن تافها، بمعنى أنه يشكل مبلغا زهيدا لا يتناسب مع قيمة المبيع ويجعله أقرب إلى العدم منه إلى الوجود، فلا ينعقد به البيع بل ينظر إليه على أنه هبة صريحة لا مستترة[303].

303- راجع قرار المجلس الأعلى رقم 615 الصادر في الملف العقاري عدد 5660-78 بتاريخ 4 أبريل 1989. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 42-43. ص 196.
ويكون الأمر كذلك، اي أن الهبة تكون صريحة، إذا ذكر الثمن في العقد وفي نفس الوقت أن البائع وهبه للمشتري أو ابراه منه، وبطبيعة الحال، فإن العقد هنا لا يتم إلا إذا ورد في محرر رسمي طبقا للفقرة 2 من المادة 274 من مدونة الحقوق العينية، وتكون مستترة إذا ذكر ثمن جدي في العقد دون أي شيء آخر يستنتج منه أن البائع تنازل عنه للمشتري، غير أنه يتم التنصيص عليه في اتفاق آخر، إذ في مثل هذه الفرضية يوجد عقدان أحدهما بيع صوري والآخر عقد هبة حقيقي.

ثالثا: وجوب كون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير

القاعدة في عقد البيع أن يتفق البائع والمشتري على تقدير الثمن في صلب العقد، عملا بمبدأ سلطان الإرادة، أي يجب أن يكون الثمن الذي ينعقد به البيع معينا، ولا يسوغ أن يعهد بتعيينه إلى أحد من الغير ولا أن يقع الشراء بالثمن الذي اشترى به هذا الأخير، ما لم يكن هذا الثمن معروفا من المتعاقدين، غير أنه يجوز أن يتم الشراء بالثمن الذي اشترى به البائع وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع الأمانة ومناطه أن يضع المشتري ثقته في البائع فيشتري منه بنفس الثمن الذي اشترى به.

ولا يشترط بالضرورة أن يكون الثمن مقدرا، وإنما يكفي أن يكون قابلا للتقدير على أساس موضوعي معين يتمثل في الركون إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريفة معينة، أو إلى متوسط أسعار السوق، إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات، أما إذا ورد البيع على بضائع يتعرض ثمنها للتقلبات، فيفترض في المتعاقدين أنهما ركنا إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات.

ومما يجدر ذكره في هذا المضمار، أنه إذا كانت القاعدة في عقد البيع أن يستقل البائع والمشتري بتقدير الثمن، وفق ما بيناه أعلاه، فإن ثمة حالات لا يتم فيها التقدير على هذا النحو، كما في البيع الجبري والبيع بالمزاد العلني تنفيذا لحكم قضائي[304].

304- البيع الجبري بيع يتم عادة على إثر صدور حكم على شخص ما بأداء دين لفائدة المحكوم له الذي يطالب بالتنفيذ، بحيث إذا امتنع المدين تستعمل عندئذ وسائل التنفيذ الجبري، منها حجز أمواله وبيعها بيعا قضائيا.
وصورة البيع بالمزاد العلني، أن يعرض البائع السلعة التي يريد بيعها، إما بإرادته الحرة أو تنفيذا لحكم قضائي، وينادى عليها بعد تعيينها بدقة، ويقترح ثمن افتتاحي للمزاد من قبل صاحبها، أو تبعا لمنطوق الحكم، ثم تستمر المزايدة، إلى أن يرسو المزاد على آخر مزايد، فيعتبر عرضه إيجابا يحتاج إلى قبول لينعقد البيع فورا.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثالث
الآثار القانونية لعقد البيع

القاعدة في تشريعنا أن المشتري يكتسب بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه[305] وتتمخض عن ذلك نتائج مهمة تتمحور أساسا حول نقطتين، إحداهما تتعلق بمدى إمكانية التصرف في المبيع والثمن من لدن المتعاقدين، وترتبط الأخرى، بتحديد الطرف الذي تلقى على عاتقه تبعة الهلاك ونطاقها[306]:

فيجوز للمشتري ولو قبل التسليم، التصرف في المبيع -كتفويته مثلا- وعليه أداء مختلف الأعباء التي تثقله من ضرائب ومصروفات وغيرها، كما تقع عليه تبعة هلاكه ما لم يتفق على خلاف ذلك، غير أنه لا يتحملها في البيع بالخيار إلا من وقت تحقق الشرط الواقف؛ وللبائع أن يتصرف هو الآخر في الثمن ولو قبل الوفاء- كتخويل حقه فيه[307]- إلا إذا اشترط غير ذلك.

وإذا كان البيع بالقياس أو بالكيل أو على شرط التجربة أو على شرط المذاق...فإنه يظل متحملا تبعة هلاك المبيع- ولو كان في يد

305- لقد كرسها قانون الالتزامات والعقود في الفصل 491 منه، وإن كان يلزم عدم أخذها على إطلاقها، لوجود حالات يبرم فيها عقد البيع، إلا أن انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري يتأخر إلى وقت لاحق، كما في الفصل 489 منه، حيث يتطلب المشرع إجراءات شكلية معينة.

306- وهو ما يمكن استنتاجه من خلال قراءة المقتضيات التي أفردها قانون الالتزامات والعقود، لآثار البيع بوجه عام.

307- قلنا إنه يحق للمشتري التصرف في المبيع والبائع في الثمن، غير أن المشرع، استثنى من هذا الحكم بيع المواد الغذائية المنعقدة بين المسلمين، عملا بمقتضى الفصل 492 من نفس القانون الذي جاء فيه أنه: "بمجرد ثمن البيع يسوغ للمشتري تفويت الشيء المبيع ولو قبل حصول التسليم. ويسوغ للبائع أن يحيل حقه في الثمن ولو قبل الوفاء وذلك ما لم يتفق العاقدان على خلافه. ولا يعمل بهذا الحكم في بيوع المواد الغذائية المنعقدة بين المسلمين".

Scanné avec CamScanner

المشتري- ما دام لم يجر قياسه أو عده أو تجربته أو مذاقه أو فحصه ولم يحصل قبوله من المشتري أو من نائبه، وذلك حتى ولو كان المبيع موجودا في يد المشتري.

وإذا تعلق-أي البيع- بالثمار على الأشجار قبل جنيها، فإنه يتحمل هلاكها إلى تمام نضجها بل ويبقى المبيع أثناء نقله في ضمانه إلى أن يتسلمه المشتري.

وغني عن البيان، أن الالتزام بنقل الملكية ينفذ في الحال وبمجرد إبرام العقد متى كان البيع واردا على منقول معين بالذات، وإذا كان غير معين بالذات فإن نقلها يعلق على إفراز الشيء المبيع، أما إذا كان البيع منصبا على عقار، فإن الالتزام بنقل الملكية لا يتحقق إلا بتسجيل عقد البيع وفق الشكل الذي حدده المشرع؛ كما لا يتحقق إلا إذا كان الشيء المبيع مملوكا للبائع، وإذا لم يعلق انتقال الملكية على حدوث أمر معين بنص القانون أو الاتفاق.

هذا، وتترتب عن البيع المستوفي لأركانه التزامات متبادلة بين البائع والمشتري نتناولها تباعا على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: التزامات البائع

يتحمل البائع بالتزامين أساسيين: الالتزام بتسليم الشيء المبيع ثم الالتزام بضمانه.

أولا: الالتزام بتسليم الشيء المبيع

1- معنى التسليم ومشتملاته

يقصد بالتسليم التخلي، وقد عبر عنه المشرع بقوله:
"التسليم يتم حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع، ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته بدون عائق" ليس هذا فحسب، وإنما يتعين عليه أن يسلمه إياه في الحالة التي كان عليها

عند البيع ودون إجراء أي تغيير فيه ابتداء من هذا الوقت[308] أي أنه مدعو إلى التقيد بمضمون التسليم.

وفي هذا المعنى، تنص المادة 367 من القانون المدني المصري على أنه:

"يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، أن التسليم الذي يعد مجرد التزام ناشئ عن عقد البيع، لا ينقل الملكية، وإنما ينقلها هذا الأخير وأن نقل الحيازة المادية من البائع إلى المشتري ليس ضروريا لتمام التسليم لاسيما في الحالات التي يكتفى فيها بنقل الحيازة الحكمية[309].

وعموما، يشمل الالتزام بتسليم الشيء أيضا توابعه وفقا لما يقضي به اتفاق الطرفين أو ما يجري به العرف، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف

308- أنظر بشأن ما تقدم عرضه، الفصول من 492 إلى 499 والفصل 512. والفصول من 498 إلى 531 من ق.ل.ع.

309- كما في الفصل 501 منه الذي ينص على ما يلي:

"يتم تسليم الحقوق المعنوية ...إما بتسليم السندات التي تثبت وجودها، وإما بالاستعمال الذي يباشره المشتري لها برضى البائع. وإذا اقتضى استعمال الحقوق المعنوية حيازة شيء معين، وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع اليد عليه بدون عائق".

اتبعت القواعد التي أحال عليها المشرع في قانون الالتزامات والعقود[310].

2- ظروف التسليم ومصروفاته

رغم أن المشرع صاغ أيضا القواعد التي ينبغي الركون إليها حالة سكوت العقد عن تعيين مكان وزمان التسليم، فإن البائع والمشتري غالبا ما يعمدان إلى تحديدهما بموجب اتفاقات خاصة.

فالتسليم حسب قانون الالتزامات والعقود[311] يجب أن يتم في المكان الذي كان الشيء موجودا فيه عند البيع، ما لم يتفق على غير ذلك، وإذا ذكر في عقد البيع أن الشيء موجود في مكان آخر غير الذي كان موجودا فيه حقيقة، وجب على البائع نقله إلى المكان المبين في العقد، إذا طلب المشتري ذلك.

هذا عن مكان التسليم، أما فيما يتعلق بزمانه، فيجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن.

أما عن مصروفات التسليم، فمثلما يتحمل المشتري مصروفات أداء الثمن والتوثيق والتسجيل وغيرها، فإن البائع يتحمل هو الآخر النفقات التي تتطلبها عملية وضع المبيع تحت تصرف المشتري لكونها جزء من واجب التسليم- كمصروفات الكيل والوزن والسمسرة إذا ما أبرم السمسار البيع بنفسه ونحوها، ما لم تقض العادات

310- وبالضبط في الفصل 516 منه. أنظر كذلك الفصل 517 وما بعده من نفس القانون.
فمثلا يشمل بيع الحيوان- وفقا للفصل 523- صغيره الذي يرضعه، وصوفه أو وبره أو شعره المتهيئ للجز.

311- أي الفصل 502 منه.

Scanné avec CamScanner

المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلاف ذلك[312]- مع العلم أنه يمكن للبائع الامتناع عن القيام به -أي التسليم- إلى أن يؤدي المشتري الثمن المتفق عليه تطبيقا لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ الذي يعتبر أحد مميزات العقد التبادلي.

والملاحظ، أن المشرع جاء في عقد البيع بحالات أخرى تخوله الحق في الامتناع عن تسليم المبيع بل وحبسه مع مسؤوليته عنه مسؤولية المرتهن رهنا حيازيا لمنقول في حوزه[313]: فهو لا يجبر على تسليم المبيع إذا لم يمنح المشتري أجلا للوفاء بالثمن، ولم يبادر هذا الأخير بعرضه عليه؛ كما أنه لا يجبر على تسليمه ولو كان قد منح أجلا للوفاء بالثمن إذا أعسر المشتري بعد البيع، أو أفلس بالفعل عند البيع بدون علم البائع، أو قلل من التأمينات المقدمة من طرفه لضمان الوفاء بالثمن على نحو يمكن أن يعرض البائع لخطر ضياعه عليه[314].

لكن، إذا هلك المبيع قبل التسليم، فإنه يحق للمشتري أن يطالب بقيمة المبيع أو بتعويض يعادل النقص في قيمته إذا كان المبيع شيئا معينا بذاته وهلك أو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو بخطئه، وإذا كان شيئا مثليا -معينا بنوعه- فإن البائع يلتزم بأن يسلم للمشتري مثيلا له في صنفه ومقداره، مع تعويضه عند الاقتضاء، ما لم يكن قد هلك أو تعيب بفعله أو بخطئه، حيث يتعين عليه أن يتسلمه في الحالة التي هو عليها ويدفع الثمن كاملا[315].

312- أنظر الفقرة 1 من الفصل 504 والفصلان 509 و 510 من نفس القانون.

313- وينص الفصل 508 على أنه:
"إذا باشر البائع حق الحبس المقرر بمقتضى الفصول السابقة، كان مسؤولا عن الشيء مسؤولية المرتهن رهنا حيازيا للمنقول عن المرهون الذي في حوزه".

314- أنظر الفقرة 2 من الفصل 504 والفصل 507 من ق.ل.ع.

315- أنظر الفصلان 513 و 514 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

ثانيا: الالتزام بضمان الشيء المبيع

يفترض في البائع أن يمكن المشتري من الحيازة الهادئة للشيء المبيع والاستفادة منه وفقا لما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى الاتفاق.

وبتعبير آخر، فإن البائع يتحمل بالضمان "والضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل[316] أمرين:

أولهما، حوز[317] المبيع والتصرف فيه بلا معارض "ضمان الاستحقاق".

وثانيهما، عيوب الشيء المبيع "ضمان العيب".

والضمان يلزم البائع بقوة القانون وإن لم يشترط، وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان"

غير أن البائع لا يلزم بأي ضمان أصلا، إذا وقع انتزاع المبيع بالإكراه أو نتيجة قوة قاهرة، أو بفعل السلطة- ما لم يكن فعلا مبنيا على حق سابق ثابت لها يخولها العمل على احترامه أو على فعل يعزى إلى البائع- أو إذا حصل للمشتري عرقلة في التصرف نتيجة تعد من الغير بدون أن يدعي أي حق على العين المبيعة[318].

1- ضمان التعرض والاستحقاق

أ- ضمان التعرض

"على البائع أن يلتزم بالكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري، أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في

316- حسبما جاء في الفصل 532 منه.

317- ومعناه ذلك المركز الواقعي الذي ينشأ عن سيطرة فعلية على شيء يجعل صاحبه يظهر بمظهر المالك لهذا الأخير. أو هو وضع اليد على شيء والتصرف فيه بصفة متصلة وعلنية وهادئة.

318- كما ينص على ذلك الفصل 546 من ق.ل.ع.

أن يعول عليها بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع" وهذا هو ضمان التعرض[319].

والتعرض الذي يصدر عادة عن البائع يكون إما ماديا- ويندرج في هذا المضمار، كل تصرف مادي يقوم به البائع ويكون من شأنه الإضرار بالمشتري كبيعه نفس المبيع لمشتر آخر أو إقدامه عل منافسته غير الشريفة للمشتري بعد تفويت المبيع إليه[320] -أو قانونيا- وهو الذي يستند إلى وجود حق قانوني سابق كان ثابتا للبائع سواء كان من الحقوق الشخصية أو العينية.

بيد أن البائع يلتزم أيضا بدفع التعرض الصادر عن الغير بتوفر شرطين[321]: أحدهما أن يكون تعرض الغير قانونيا لا ماديا- كادعائه بأن له حقا على الشيء المبيع- والآخر، أن يكون سبب التعرض مرتبطا بفترة ما قبل التعاقد- كما في بيع ملك الغير- إذ في هذه الحالة يتحمل البائع نتائج التعرض الصادر عن الغير، وبالتالي يحق للمشتري مطالبته برفعه.

ب- ضمان الاستحقاق

يراد بالاستحقاق انتزاع المبيع من المشتري أو تهديده بانتزاعه منه، وهو غالبا ما يكون مسبوقا بالتعرض الذي يمهد له.
وقد حمل المشرع البائع هذا النوع من الضمان، وساق حالاته بقوله:

319- الذي ورد النص عليه في الفصل 533 من ق.ل.ع.
320- أنظر في هذا الشأن:
- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 4 يناير 1978. المنشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد. العدد4. سنة 1978. ص131.
- وقراره الصادر في فاتح أكتوبر 1976. المنشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد. العدد 5. سنة 1979.ص 141.
321- وذلك حسب رأي بعض رجال الفقه القانوني المصري والفرنسي.

Scanné avec CamScanner

"يلتزم البائع أيضا بقوة القانون بأن يضمن للمشتري الاستحقاق الذي يقع ضده بمقتضى حق كان موجودا عند البيع.
ويكون الاستحقاق واقعا ضد المشتري في الحالات الآتية:
1-إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه
2-إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه
3-إذا اضطر المشتري إلى تحمل خسارة من أجل افتكاك المبيع".

ومن حيث أنواعه، يكون الاستحقاق كليا أو جزئيا ويلزم البائع بالضمان فيهما معا لأن "استحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله إذا بلغ هذا الجزء بالنسبة إلى الباقي من الأهمية حدا، بحيث إن المشتري ما كان ليشتري بدون ذلك الجزء"[322].

غير أن مظاهر الاستحقاق لا تقف عند هذا الحد، ومن ثم لا يقتصر ضمان البائع على دفع الاستحقاق الهادف إلى نزع الملكية من المشتري كليا أو جزئيا، وإنما يتسع ليشمل حتى ضمان التحملات والأعباء القانونية غير الظاهرة أو غير المصرح بها إبان التعاقد، لأن الواجب يقتضي من البائع، إعلام المشتري بكل الجوانب التي تخص الشيء المبيع، ليكون على بينة من أمره، وهو ما ينص عليه المشرع قائلا:
"ويسري نفس الحكم، إذا كانت العين مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع".

ج- آثار التعرض والاستحقاق

وضع المشرع رهن إشارة المشتري وسائل لحماية حقه مما يتهدده من خطر التعرض والاستحقاق، تتمثل فيما يلي:

322- أنظر الفصل 534 والفقرة 1 من الفصل 535 من ق.ل.ع.

من جهة، الدفع بعدم التنفيذ متى توفرت شروطه المتمثلة في أن يتعلق الأمر بوجود تعرض أو استحقاق، وفي أن يواجه المشتري برفع دعوى ضده من قبل البائع لمطالبته بتنفيذ التزاماته العقدية، وفي ألا يكون المشتري قد نفذ هذه الأخيرة، حيث يحق له أن يحبس الثمن ما دام أن البائع لم يرفع التعرض أو الاستحقاق، وذلك في حدود الجزء الذي تم استحقاقه.

غير أنه يسوغ للبائع مع ذلك أن يجبره على أداء الثمن، إذا قدم كفيلا أو تأمينا آخر كافيا يضمن قيامه برد الثمن ومصروفات العقد، عند حصول الاستحقاق، أو إذا اشترط أداؤه برغم حصول التشويش له، أو إذا كان يعلم عند البيع خطر الاستحقاق[323].

ومن جهة أخرى، الدعوى، حيث يحق للمشتري إذا حصل الاستحقاق أو تحقق الفعل الموجب للضمان، أن يطالب برفع التعرض وديا أو قضائيا متى كان صادرا عن البائع، أو إخطار البائع بموضوع التعرض أو الاستحقاق ليتخذ ما يراه مناسبا لدفعه فيما لو كان صادرا عن الغير[324].

323- أنظر الفقرة 2 من الفصل 535 والفصل 583 من ق.ل.ع.

324- تطرق المشرع إلى هذا الإجراء -أي إخطار البائع- في الفصل 537 من ق.ل.ع، الذي ورد فيه أنه:

"إذا وجهت على المشتري دعوى بسبب الشيء المبيع، وجب عليه أن يعلم البائع بدعوى الاستحقاق، عند تقديم المدعي البينة على دعواه، وإذ ذاك، تنبهه المحكمة بأنه إذا استمر في الدعوى باسمه الشخصي، يعرض نفسه لضياع حقه في الرجوع على البائع، فإذا فضل برغم هذا التنبيه أن يدافع مباشرة في الدعوى، فقد كل حق في الرجوع على البائع".

بيد أن "البائع، ولو لم يتدخل في الدعوى في وقت مفيد، لا يتحمل بأي ضمان، إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطئه، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق، وعلى وجه الخصوص:

أ- إذا ترك المشتري التقادم البادئ قبل البيع، والساري ضده يتم أو إذا أهمل إتمام تقادم بدأه البائع.

وإذا استحق الشيء المبيع بالرغم من تدخل البائع إلى جانب المشتري، فإنه يحق للثاني أن يطالب الأول بالضمان الذي يختلف بحسب ما إذا كان الاستحقاق كليا أو جزئيا.

فالاستحقاق الكلي للشيء المبيع، يجيز للمشتري المطالبة باسترداد الثمن[325] الذي دفعه، ومصروفات العقد التي أنفقت على وجه سليم[326] وكذلك المصروفات القضائية التي أنفقها على دعوى الضمان، ثم الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق[327].

ب-إذا بني الاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمشتري" كما يظهر من محتوى الفصل 547 من ق.ل.ع.

أما الفصل الموالي منه، فينص على أنه:

"لا يفقد المشتري حقه في الرجوع بالضمان على البائع، إذا كان لم يتمكن بسبب غيابه من إخطاره في وقت مفيد، واضطر نتيجة لذلك أن يدافع عن نفسه وحده ضد المستحق".

325- تحسبا لما قد يطرأ -بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ حصول الاستحقاق- على المبيع من انخفاض أو ارتفاع في قيمته، وما يستتبع ذلك من الحكم للمشتري بأقل أو أكثر مما دفعه من ثمن، فإن المشرع نص في الفصل 539 من ق.ل.ع على أنه: "للمشتري الحق في استرداد الثمن كاملا ولو هلك الشيء الذي حصل استحقاقه أو نقصت قيمته كلا أو بعضا بفعله أو بخطئه أو نتيجة قوة قاهرة".

326- للمشتري الحق في استرداد المصاريف الضرورية -أي تلك التي كانت لازمة للانتفاع بالمبيع- من الطرف المستحق لهذا الأخير، أما المصاريف الكمالية التي كان القصد منها إضفاء نوع من الزينة على المبيع، فإنه مبدئيا لا يرجع بها على المستحق، لعدم وجود ما يدعو إلى صرفها، إلا أن المشرع استثنى حالة كون البائع سيء النية بأن كان يعلم عند البيع بالسبب الموجب للاستحقاق ولم يخطره بالأمر، إذ يلزمه هنا أن يدفع للمشتري حسن النية، كل المصروفات التي أنفقها منها مصروفات الزينة والترف.

327- يجب الأخذ بعين الاعتبار عند تحديد مبلغ التعويض، قيمة الشيء المستحق من يد المشتري، حين حصول الاستحقاق، وهو ما يمكن استخلاصه من الفصل 541 من ق.ل.ع:

"إذا كانت قيمة الشيء المستحق قد زادت عند حصول الاستحقاق، ولو بغير عمل المشتري، فإن الزيادة في القيمة، تدخل في مبلغ التعويض، إذا صدر تدليس من البائع".

Scanné avec CamScanner

أما الاستحقاق الجزئي للمبيع[328] فيميز فيه بين ما إذا كان يبلغ من الأهمية حدا، بحيث يعيب الشيء المبيع ويكون من شأنه أن المشتري ما كان ليقبل بالشراء لو علم به، من ناحية، وفي مثل هاته الفرضية يخير المشتري بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالبيع بالنسبة إلى الباقي، وبين فسخ البيع واسترداد كل الثمن. ومن ناحية ثانية، بين ما إذا لم يبلغ من الأهمية الحد الكافي لتبرير فسخ البيع، إذ لا يثبت للمشتري سوى الحق في إنقاص الثمن بقدر ما استحق[329].

تلكم كانت باختصار أحكام ضمان التعرض والاستحقاق، التي يسوغ للأطراف المتعاقدة الاتفاق على تعديلها، كاستبعاد الضمان مثلا أي أنه يسوغ أن يتفق المتعاقدان على أن البائع لا يتحمل بأي ضمان أصلا، مع مراعاة ما يقرره المشرع في هذا الصدد من استثناءات حيث لا يكون لهذا الشرط من أثر، إلا إعفاء البائع من التعويضات، ولا يمكنه التحلل من التزامه برد الثمن الذي قبضه كله أو بعضه في حالة الاستحقاق؛ كذلك لا يكون لشرط عدم الضمان أي أثر فيما لو بني الاستحقاق، على فعل شخصي للبائع نفسه، أو وقع تدليس منه، مع تحمله أداء التعويض في الحالتين الأخيرتين[330].

328- انظر بخصوص الاستحقاق الكلي المذكور أعلاه، الفصل 538 من ق.ل.ع.- وهو المبين في الفصل 535 منه، حيث يقضي بأن:
"استحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله، إذا بلغ هذا الجزء بالنسبة إلى الباقي، من الأهمية بحيث إن المشتري ما كان ليشتري بدون ذلك الجزء.
ويسري نفس الحكم، إذا كانت العين مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع".

329- انظر الفصل 542 من ق.ل.ع.

330- انظر الفصل 544 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

د- ضمان عيوب الشيء المبيع

علاوة على ضمان التعرض والاستحقاق، يلتزم البائع بضمان العيوب التي قد تظهر بالشيء المبيع في الفترة الموالية للتسليم.
ونظرا لأهمية هذا النوع من الضمان -الذي ينصب على العيب بمعناه الدقيق، وكذلك على تخلف الصفات المشروطة أو المكفولة- فإن المشرع عالجه في الفصول من 549 إلى 575 من قانون الالتزامات والعقود.

أ- مفهوم العيب في الشيء المبيع

يعني العيب في الشيء المبيع ما يجهله المشتري عند البيع من فساد في الشيء المبيع، إذ يصيبه في عمقه ويؤثر على منفعته أو قيمته ولا يتبين إلا بالفحص الدقيق، ومن ثم فإن خفاءه يعتبر شرطا أساسيا لضمانه.

وكما هو الشأن بالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق، فإن الالتزام بضمان العيب، مقرر بموجب القانون ولا حاجة لاشتراطه في العقد وهو يرتبط بوجود عقد من صنف عقود المعاوضة، ويجوز للأطراف الاتفاق على إسقاطه ومع ذلك يظل البيع منتجا لآثاره القانونية، ويتميز بكونه التزام لا يقبل التجزئة لما في ذلك من تقسيم للصفقة.
ولتحقق العيب الموجب للضمان، لابد من توفره على مجموعة من الشروط:

ب- شروط العيب الموجب للضمان وشروط ضمان الصفات

يشترط في العيب الموجب للضمان أن يكون خفيا، وحسب مفهوم المخالفة، فإن العيب الظاهر لا يخول الضمان وإن كان يشكل موضوعا لمساءلة البائع فيما لو أكد خلو المبيع منه أو اشترط عليه المشتري ضمانه.

Scanné avec CamScanner

وينبني على ذلك أنه يتعين أن يكون المشتري جاهلا بالعيب لا عالما به، وسبب حرمانه من الضمان عند علمه به أنه يفترض رضاءه بالمبيع معيبا.

ويعتمد في تحديد ما إذا كان العيب خفيا أم ظاهرا معيار -اختلفت التشريعات والفقه والقضاء في الأخذ به- يكون: إما موضوعيا- قوامه الحفاظ على استقرار المعاملات بين الأفراد- بناء عليه يكون العيب خفيا أو ظاهرا، بحسب إمكانيات الرجل العادي متوسط الخبرة، فإن كان بمقدوره الاهتداء إلى اكتشافه بالفحص المعتاد، فهو عيب ظاهر، وإلا اعتبر عيبا خفيا يستوجب الضمان؛ أو شخصيا- الهدف منه احترام الحقوق المكتسبة للمتعاقدين- بحيث يتطلب أن يعامل المشتري، تبعا لإمكانياته الخاصة في التحري عن العيب، لأن الأشخاص ليسوا على درجة واحدة من التكوين والتخصص.
وفيما يتعلق بموقف التشريع المغربي، فإنه يأخذ بالمعيارين الموضوعي والشخصي حسب الأحوال[331].

كذلك ينبغي أن يكون العيب قديما، أي موجودا في الشيء المبيع قبل انتقاله إلى المشتري. ويتأتى ضبط الوقت الذي يعد فيه العيب قديما

331- وهو ما يمكن استنتاجه من الفصلين الآتيين من قانون الالتزامات والعقود:
- الفصل 553: "إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة -عدا الحيوانات- وجب على المشتري، أن يفحص الشيء المبيع فور تسلمه، وأن يخطر البائع حالا بكل عيب يلزمه ضمانه خلال السبعة أيام التالية للتسليم.
وإذا لم يجر ما سبق، اعتبر الشيء مقبولا، ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليه بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب خارج عن إرادته من فحص الشيء المبيع...".
- الفصل 569: "لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها، أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها".
ومن الاجتهادات القضائية، التي يتضح منها هذا المزج بين المعيارين، الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، بتاريخ 30 أكتوبر 1930، المنشور بمجلة المحاكم المغربية. العدد 435 سنة 1931. ص 44.

من التمييز بين البيع الوارد على الأشياء المحددة بالذات، إذ يبقى البائع ملزما بضمان كل العيوب الخفية التي قد توجد بالمبيع قبل تاريخ العقد وبين البيع الوارد على الأشياء المحددة بالنوع، حيث يكون البائع ملزما بضمان عيوبها الخفية التي تكون موجودة بالمبيع إلى غاية التسليم[332]. فالعبرة إذن بما إذا كان العيب قديما أم لا بانتقال المبيع إلى المشتري علما أن الملكية لا تنتقل إلا بحصول الفرز والتسليم إذا كان المبيع من الأشياء المثلية، أو عند إبرام العقد إذا كان من الأشياء القيمية.

وعليه، فإن كل ما يطرأ عليه قبل هذا التاريخ يدخل في ضمان البائع أما ما يحدث في الفترة الموالية للتسليم فيتحمله المشتري، ما لم يكن فساد الشيء ناشئا قبل ذلك، إذ يسوغ له المطالبة بضمانه متى أثبت أن مصدر الفساد يعزى إلى فترة ما قبل التعاقد.

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن الفساد الناشئ في الفترة السابقة على التعاقد يؤول إلى ثبوت الحق في الضمان ولو لم يظهر العيب إلا بعد انتقال الشيء المبيع إلى المشتري.

وحتى تكون دعوى الضمان مقبولة من الناحية الموضوعية، يتعين أن يكون العيب الخفي والقديم، مؤثرا على منفعة الشيء المبيع، أو على قيمته، بحيث ينقص من قيمته نقصا محسوسا أو يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد، فكلما كان النقص في أي منهما على درجة من الأهمية، بحيث لو علم به المشتري، لما أقدم على الشراء أصلا، اعتبر مؤثرا، وبمفهوم المخالفة فإن العيب الذي ينقص من المنفعة أو القيمة نقصا يسيرا، أو الذي جرى العرف على التسامح فيه لا يضمنه البائع.

332- في هذا السياق، ينص الفصل 552 من ق.ل.ع على أنه:
"لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئا معينا بذاته، أو عند التسليم، إذا كان المبيع شيئا مثليا بيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف".

وإلى جانب العيب بمعناه السابق –أي الآفة الطارئة على الشيء المبيع– والذي تم تسليط الضوء عليه، بتحديد مدلوله، وبيان خصائص الالتزام بضمانه، وعرض شروطه، أدرج المشرع ضمن دائرة هذا الضمان، ما اصطلح عليه "بضمان الصفات" كانت مشروطة من لدن المشتري، أم مكفولة من طرف البائع[333] كما سوى في الحكم بين تخلفها وبين تحقق العيب، دون أن يعني ذلك أنهما يستلزمان نفس الشروط فالمهم أن تكون الصفات غير موجودة في المبيع عند البيع بالنسبة للشيء المعين بالذات، وعند التسليم إذا كان المبيع معينا بالنوع أو معلقا على شرط من شروط الخيار مثلا.

ج- دعوى ضمان العيوب والصفات والآثار المترتبة عليها

الدعوى وسيلة قانونية يستعملها المشتري لما يتحقق العيب الخفي أو تتخلف الصفات المشروطة أو المصرح بوجودها في الشيء المبيع. غير أن ممارستها رهينة باحترام إجراءات معينة، منها أساسا ضرورة إخطار البائع بوجود العيب أو تخلف الصفات، وإثبات العيب الموجب للضمان، مع مراعاة الأجل المحدد قانونا لقبول دعوى الضمان.

333- تقضي الفقرة 2 من الفصل المومإ إليه أعلاه بأنه:
"يضمن البائع أيضا وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري".
ومن تطبيقات هذه الفقرة، ما ورد عليه النص في الفصل 551 من ق.ل.ع بخصوص البيوع التي تنعقد وفقا لنموذج معين:
"في البيوع التي تنعقد على مقتضى النموذج: يضمن البائع توفر صفات النموذج في المبيع، وإذا هلك النموذج أو تعيب، وجب على المشتري أن يثبت أن البضاعة غير مطابقة له".

Scanné avec CamScanner

فمن جهة، يجب على المشتري إخطار البائع[334] أثناء اكتشافه للعيب الموجب للضمان، حتى يتسنى له أن يتدبر أمره قبل أن يفاجأ بإقامة دعوى ضده، وعليه أن يثبت وقوع هذا الإخطار.

ويبدأ احتساب مهلة هذا الأخير منذ تسليم الشيء المبيع إلى المشتري إذا كان العيب مما يمكن التوصل إليه بالفحص العادي، أما إذا كان مما يتعذر الوصول إلى معرفته بمثل هذا الفحص فإن مدة سريان الإخطار تبتدئ من يوم اكتشاف العيب الموجب للضمان[335].

وفيما يتعلق ببيع المنقول، فإن المشرع أوجب على المشتري التقيد بالإخطار المنصوص عليه في الفصل 553 بقوله:

"إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة -عدا الحيوانات-[336] وجب على المشتري أن يفحص الشيء المبيع فور تسلمه، وأن يخطر البائع حالا بكل عيب يلزمه ضمانه خلال السبعة أيام التالية للتسليم.

وإذا لم يجر ما سبق، اعتبر الشيء مقبولا، ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليه بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب

334- يعتد بالإخطار سواء كان صريحا أو ضمنيا، مكتوبا أو شفويا، مادام أن المشرع لم يفرض على المشتري نهجا محددا، بل كل ما هنالك أنه يتعين عليه إخطار البائع.

335- من اجتهادات القضاء المغربي في هذا الباب:

قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 29 غشت 1979، المنشور بمجلة رابطة القضاة. العدد المزدوج: 6-7 يونيو سنة 1983. ص 97، الذي يقضي بأن:

"تاريخ انطلاق الأجل المحدد لإخطار البائع بعيوب الشيء المبيع يبتدئ حسابه فور اكتشاف هذه العيوب، والفور يقتضي الحالة الزمنية التي لا بطء فيها، وعلى أي حال يجب ألا يتعدى السبعة أيام التالية لاكتشاف العيب المحددة في الفقرة الأولى من الفصل 553 من ق.ل.ع".

336- وكما يلاحظ من هذا الفصل المذكور أعلاه، أنه استثنى بيع الحيوانات من الخضوع لمهلة الإخطار المذكورة أعلاه، إلا أن ذلك لا يعني إعفاء المشتري من واجبه المتمثل في إخطار البائع، لكونه إجراء أساسي في مختلف البيوع، كانت منصبة على منقول أو على عقار، بدليل أن المشرع نفسه، علق قبول دعوى الضمان للعيب على سلوكه.

خارج عن إرادته من فحص الشيء المبيع، وفي هذه الحالة يجب إخطار البائع بعيوب الشيء فور اكتشافها، فإن لم يحصل الإخطار اعتبر الشيء مقبولا، ولا يسوغ للبائع سيء النية أن يتمسك بهذا التحفظ الأخير".

كما يتعين على المشتري أن يثبت العيب الموجب للضمان، إذ هو المدعي، وبالتالي يقع عليه عبء الإثبات-عملا بالقاعدة القائلة إن "إثبات الالتزام على مدعيه"[337]- إما بواسطة السلطة القضائية، أو بواسطة خبراء مختصين، مع حضور الطرف الآخر أو نائبه إن كان موجودا في المكان أما إذا لم يقم بإثبات حالة المبيع على وجه سليم وجب عليه أن يثبت أن العيب كان موجودا فعلا عند تسلمه المبيع[338].

وبما أن العيب من المسائل المادية، فإنه يسوغ إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الشهادة والقرائن وإن كانت الوسيلة المألوفة في هذا المجال تكمن في الركون إلى الخبرة، ويؤدي المشتري مصروفات الإثبات التي له الحق في استردادها، فضلا عن مصروفات الدعوى، فيما لو صدر الحكم لصالحه.

ومن جهة أخرى، يجب على المشتري إقامة دعوى الضمان في الأجل المحدد لها قانونا تحت طائلة سقوطها بالتقادم، لأن كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان، أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها، يجب رفعها بالنسبة للعقارات خلال 365 يوما بعد التسليم وبالنسبة للأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم- مع جواز تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين- بشرط أن يكون قد أرسل إلى البائع الإخطار المذكور سابقا.

337- وهي قاعدة كرسها المشرع في الفصل 399 وأكدها في الفقرة 1 من الفصل 554 من ق.ل.ع.

338- أنظر الفقرة 1 من الفصل 554 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

فالمشرع كما يتضح، ميز بين العقار والمنقول، وجعل من واقعة التسليم منطلقا لحساب مدة التقادم[339] لكن، مراعاة لبعض الحالات التي يصعب فيها التعرف على العيب بالفحص المعتاد، تعتمد واقعة اكتشاف العيب لحساب تلك المدة[340].

ولما كانت الدفوع تنطوي على مزية عدم خضوعها للتقادم -على عكس الدعاوى- فإنه يحق للمشتري التمسك بها في مواجهة البائع للعيب الموجب للضمان، من غير أن يتقيد بأجل ما، بحيث يمكنه حبس الثمن إلى أن يوفي البائع بما تعهد به عند التعاقد، مع العلم أنه لا يتصور إثارة هذا الدفع عمليا، إلا إذا كان المشتري لم يؤد الثمن كله أو بعضه وطالبه البائع بتنفيذ التزاماته[341].

وإذا تحقق العيب أو انعدمت الصفات المشروطة في الشيء المبيع فإنه يثبت للمشتري كمبدأ عام، مطالبة البائع بفسخ عقد البيع ورد الثمن ما لم يفضل الاحتفاظ بالمبيع، حيث لا يكون له عندئذ سوى الحق في إنقاص الثمن.

ويجب ألا يفهم من ذلك، أن المشرع يخير المشتري بين دعوى الفسخ ودعوى إنقاص الثمن، وإنما وضع قاعدة عامة، وهي ممارسة دعوى الفسخ، التي ترد عليها استثناءات لا يسوغ فيها للمشتري سوى طلب إنقاص الثمن.

والجدير بالإشارة، أن المشتري يتحمل بعد الحكم بالفسخ، بالتزامين[342] أولهما رد الشيء المشوب بالعيب الموجب للضمان بالحالة التي تسلمه عليها، وتوابعه، وما كان يعتبر جزءا منه، وكذلك الزيادات التي

339- تضمن هذا المبدأ الفصل 573 من ق.ل.ع.

340- وهو ما يمكن استنتاجه من الفصل 553.

341- تطرق المشرع إلى هاته الوسيلة التي وضعها بين يدي المشتري بالإضافة إلى الدعوى في الفصل 584 من ق.ل.ع، الذي يحيل على تطبيق المقتضيات التي يتضمنها الفصل 583 الذي قمنا بسياقه آنفا.

342- نص عليهما المشرع في الفقرة 1 من الفصل 561 .

اندمجت فيه بعد البيع، وثانيهما رد ثمار الشيء من وقت الفسخ بالتراضي، أومن وقت الحكم بالفسخ، وكذلك الثمار السابقة على هذا التاريخ.

ويتحمل البائع بدوره بالتزامات[343] تتمثل في أن يدفع للمشتري مصروفات الزراعة والري والصيانة، ومصروفات الثمار التي ردها إليه؛ وأن يرد إليه الثمن الذي قبضه ومصروفات العقد؛ وأن يعوضه عن الخسائر التي سببها له الشيء المبيع إذا كان قد وقع تدليس منه.

كذلك لا يخوله المشرع إلا إنقاص الثمن لعدم إمكانية رد المبيع إلى البائع على حالته التي كان عليها أثناء البيع، إذا كان الشيء قد تعيب بخطئه أو بخطأ من يسأل عنه، أو إذا كان قد استعمله استعمالا من شأنه أن ينقص من قيمته بكيفية محسوسة، أو إذا كان قد استعمله قبل أن يعرف العيب[344].

ويحدد المشرع طريقة إنقاص الثمن بقوله[345]:

"يحصل إنقاص الثمن، بتقويم المبيع على أساس خلوه من العيوب عند إبرام العقد ثم تقويمه على الحالة التي يوجد عليها.

وإذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة، حصل التقويم على أساس قيمة كل الأشياء المكونة للصفقة".

وللمشتري الحق في التعويض[346] إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع، أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يبيع بغير ضمان- ويفترض هذا العلم موجودا دائما إذا كان البائع تاجرا أو صانعا وباع منتجات الحرفة التي يباشرها- أو إذا صرح بعدم وجود العيوب- ما لم تكن قد ظهرت بعد البيع أو كان يمكن للبائع أن يجهلها

343- جاءت بها الفقرة 2 من نفس الفصل المشار إليه في الهامش السابق.

344- وفقا لما يفيد به الفصل 564 من ق.ل.ع.

345- في الفصل 560 من ق.ل.ع.

346- عملا بمقتضى الفقرة 2 من الفصل 556.

Scanné avec CamScanner

بحسن نية- أو كذلك إذا كانت الصفات التي ثبت خلو المبيع منها قد اشترط وجودها صراحة، أو كان عرف التجارة يقتضيها.

وقد يحصل أيضا أن يتم التنفيذ العيني لعقد البيع، وذلك عن طريق استبدال الشيء المبيع المعيب بآخر سليم، أو إصلاح العيب الخفي عند الإمكان، مع عدم الإضرار بالبائع أو بالمشتري[347].

وأخيرا لا بأس من الإشارة مرة أخرى، إلى أن قواعد الضمان بصورة عامة، مقررة بقوة القانون ولا حاجة لاشتراطها، ومع ذلك يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على خلاف مقتضياتها، وعليه يمكن تعديل تلك المتعلقة بضمان العيب ويكون ذلك إما بالتشديد فيه مثلا، أو التخفيف منه، أو إسقاطه كليا[348].

وعلى الرغم من الخلاف الفقهي حول الأساس الذي يقوم عليه الضمان، فإن الراجح أن لنظرية السبب الفضل في إبراز أن الضمان خاص بعقود المعاوضة دون عقود التبرع، وهو التزام دائم لا يسقط عن البائع حيث ينتقل منه إلى ورثته الذين يمنع عليهم كذلك منازعة

347- وفي هذا الصدد، ينص الفصل 557 من نفس القانون على أنه:
"إذا ورد البيع على مجموع من أشياء محددة، وكان جزء منها معيبا، كان للمشتري أن يستعمل حق الاختيار المخول له بمقتضى الفصل 556. وإذا ورد البيع على أشياء مثلية، لم يكن للمشتري إلا أن يطلب تسليم مثلها في النوع، خاليا من العيب مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان له محل".

348- إن اشتراط ضمان العيوب الظاهرة، خلافا لما يقضي به الفصل 569:
"لا يضمن البائع العيوب الظاهرة، ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها" صورة لتشديد الضمان، ثم إن الفصل 573 الذي يحدد آجال التقادم بالنسبة للدعاوى الناشئة عن العيوب الموجبة للضمان، أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها، والذي يفيد في فقرته الأخيرة بأنه:
"يسوغ تمديد هذه الأجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين..." يفتح الباب للاشتراط بحيث يكون هناك نوع من تشديد الضمان في الحالة الأولى، وتخفيفه في الحالة الثانية.

المشتري فيما اكتسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا توفرت لهم بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة.

والالتزام بالضمان يقوم في كل البيوع متى تمت صحيحة، إلا أنه يمكن تعديل أحكامه بل واستبعادها عن طريق الاتفاق بين المتعاقدين مع مراعاة ما يقرره القانون في هذا الصدد من قيود لا يسوغ للأطراف الاتفاق على خلافها.

وعلى هذا الأساس، فإن الضمان يكون إما قانونيا أو تعاقديا، إذ في الأول يلتزم البائع إذا لم يوجد اتفاق في العقد، فإن وجد كان الضمان تعاقديا، والاتفاق بشأن الضمان إما أن يزيد من مسؤولية البائع أو أن ينقص منها أو أن يعفي البائع نهائيا من الضمان.

الفقرة الثانية: التزامات المشتري

ألقى المشرع[349] على عاتق المشتري التزامين أساسيين، هما الالتزام بدفع الثمن، والالتزام بتسلم الشيء المبيع.

أولا: الالتزام بأداء الثمن

إن الثمن عنصر مهم في عقد البيع وخاصية مميزة له وهو المقابل الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع "في التاريخ وبالطريقة المحددين في العقد- وعند سكوت العقد، يعتبر البيع قد أبرم معجل الثمن- وفي نفس الوقت الذي يحصل فيه التسليم، وعلى المشتري أداء مصروفات الثمن[350]".

ونظرا لأن القواعد المحددة لزمان العقد ومكانه، سواء تعلقت بتسليم الشيء المبيع من لدن البائع، أو بأداء الثمن من قبل المشتري ليست من

349- في الفصل 576 من ق.ل.ع.

350- وهو ما ورد في الفصل 577 من ق.ل.ع.

النظام العام، فإنه ليس هناك ما يمنع الأطراف المتعاقدة من الاتفاق على خلافها.

1- ظروف وكيفية أداء الثمن

غالبا ما يتم أداء الثمن أثناء حصول التسليم، إلا أنه قد يتفق على أدائه قبل ذلك أو بعده، دفعة واحدة أو على أقساط، وقد يجري العرف على أدائه داخل أجل محدد أو على أقساط معينة[351].

وإذا منح للمشتري أجلا لدفع الثمن، فإن بدء سريانه يحسب من وقت إبرام العقد، ما لم يشترط غير ذلك هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية "إذا اشترط بمقتضى العقد أو العرف المحلي، أن البيع يفسخ إذا لم يؤد الثمن، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون بمجرد عدم أداء الثمن في الأجل المتفق عليه.

أما مكان أداء الثمن، فإنه نفس المكان الذي يحصل فيه التسليم اللهم إذا اتفق البائع والمشتري على عكس ذلك[352].

والثمن يدفع مبدئيا بالطريقة العادية، أي بالنقود المتداولة في البلد الذي أنشئ فيه التصرف، ما لم يكن هناك اتفاق على خلافه، أو كذلك بواسطة الأوراق التجارية - من شيك وكمبيالة وغيرهما[353]- على أساس أن يقبل البائع ذلك ويحصل فعلا استيفاء مقابلها.

351- بخصوص الحالة الأخيرة، جاء في الفصل 578 من ق.ل.ع أنه:
"إلا أنه إذا جرى العرف على أن يحصل أداء الثمن داخل أجل محدد أو في أقساط معينة، افترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا اتباع حكمه، ما لم يشترطا العكس صراحة".

352- أنظر الفصول 502 و503 و 579 و 581 من ق.ل.ع.

353- حول اعتبار الشيك وسيلة وفاء بالثمن، أنظر على سبيل الاستئناس: قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 14 شتنبر 1994. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 47 ص 38.

Scanné avec CamScanner

وعلى كل حال، فإن الثمن يعد دينا في ذمة المشتري، غير أن دفعه لا يتم دائما على هذا النحو من البساطة والسهولة، إذ قد يمتنع المشتري عن الوفاء بالتزامه.

2- حكم عدم أداء الثمن

إن عدم أداء الثمن قد يكون مبررا، وفي هذه الحالة يكون بمثابة رد فعل منه يتخذه بهدف حمل البائع على تنفيذ التزامه المقابل، حيث يحق له في هذا الإطار، حبس الثمن كوسيلة من وسائل الدفع بعدم التنفيذ، فلو طرأ له تشويش في انتفاعه بالشيء المبيع، أو كان هناك سبب جدي للخوف من وقوعه قريبا، وذلك اعتمادا على سند سابق على البيع كان له الحق في حبس الثمن مادام البائع لم يوقف التشويش.

غير أنه يلزمه أن يستعمل هذا الحق على نحو يتلاءم ونوعية التشويش أو التعرض الصادر عن البائع -بحيث إذا لم يقع التشويش إلا في جزء من المبيع، لم يسغ له أن يحبس إلا جزءا من الثمن يتناسب مع حجم الاستحقاق أو التعرض[354]- ووفق شروط التعاقد، وعليه لا يجوز له أن يحبس الثمن متى اشترط أداؤه رغم حصول التشويش له أو متى كان يعلم عند البيع خطر الاستحقاق، كما أن المشرع أجاز للبائع إجبار المشتري على دفع الثمن، إذا قدم كفيلا أو تأمينا آخر كافيا يضمن قيامه برد الثمن ومصروفات العقد، عند حصول الاستحقاق[355].

كما قد يكون عدم أداء الثمن غير مبرر، إذ تشكل هذه الحالة صورة جلية لإخلال المشتري بالتزامه التعاقدي، وفي هذا الباب وضع المشرع ضمانات لحماية حق الطرف الآخر -البائع- في استخلاص الثمن، منها حبس المبيع[356] كوسيلة للدفع بعدم التنفيذ يسلكها في مواجهة

354- أنظر الفقرة 2 من نفس الفصل المومأ إليه في الهامش السابق.

355- أنظر الفقرة 1 من الفصل 583 من ق.ل.ع.

356- ثمة حالات كثيرة يستطيع فيها البائع أن يحبس الشيء المبيع كنوع من الدفع بعدم التنفيذ يمارسه ضد المشتري، منها مثلا أنه إذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة

المشتري، واسترداد المبيع إن كان قابلا لذلك، لاسيما إذا كان هذا الأخير معجل الأداء[357] ثم المطالبة بفسخ عقد البيع.

ثانيا: الالتزام بتسلم المبيع

إنه الالتزام الثاني الذي يتحمله المشتري والذي ارتأينا أن نتعرض لبعض جوانبه الأساسية على الشكل التالي:

1- معنى تسلم المبيع وظروفه ومصروفاته

إن التسلم من قبل المشتري هو الوجه المقابل للتسليم من طرف البائع[358]، لذا غالبا ما يتزامن حصولهما في نفس الوقت، لاسيما عندما يكون عقد البيع بسيطا، أو حينما يكون المبيع موجودا في مجلس العقد بحيث لا يستلزم إجراءات قانونية لتسلمه.

كان له أن يحبسها كلها حتى يستوفي الثمن بتمامه، ولو كان قد سمي لكل شيء ثمنه على حدة، ثم إنه لا يجبر على تسليم المبيع، ولو كان قد منح أجلا للوفاء بالثمن إذا أعسر المشتري، أو إذا كان مفلسا بالفعل عند البيع بدون علم البائع، أو إذا قلل المشتري التأمينات المقدمة منه لضمان الوفاء بالثمن على وجه يعرض البائع لخطر ضياعه عليه.

أنظر في هذا المعنى الفصلان 505 و 507 من ق.ل.ع.

357- وجاء في الفقرة 1 من الفصل 582 أنه:

"إذا ورد البيع على منقولات، ولم يمنح أجل لأداء الثمن، فإنه يجوز أيضا للبائع عند عدم أداء الثمن، أن يسترد المنقولات الموجودة في يد المشتري، أو أن يمنعه من بيعها، ولا تقبل دعوى الاسترداد بعد مضي خمسة عشر يوما من تسليم الشيء المشتري. ويسوغ الاسترداد، ولو كان الشيء المبيع قد أدمج في عقار، كما تسوغ دعوى الاسترداد ضد الغير الذين لهم حقوق على هذا العقار".

358- في معرض الحديث عن التزام البائع بتسليم الشيء المبيع، أشرنا إلى أن المشرع أفرد له مجموعة من النصوص، تلك النصوص التي نحيل عليها من أجل الوقوف على الأحكام المشتركة بينه وبين التسلم.

ويعد التسلم واقعة مادية يتجسد فيها انتقال المبيع ماديا إلى المشتري؛ لذلك فهو يختلف بحسب طبيعة الشيء المتعاقد عليه: فإذا كان من العقارات، فإن تسلمه يكون بتسليم مفاتيحه، وإذا كان من الأشياء المنقولة، فإن تسلمه يتم عن طريق مناولته من يد إلى يد، أو بأي وجه آخر جرى به العرف، وإذا كان من الحقوق المعنوية، فإن تسلمه يكون بتمكين المشتري من المستندات التي تثبت وجوده[359].

وبالنسبة لظروف التسلم، فإنه علاوة على أداء الثمن يلتزم المشتري بتسلم المبيع في المكان والوقت اللذين يحددهما العقد، فإذا سكت عن ذلك، ولم يجر بشأنه عرف، التزم بتسلم المبيع فورا إلا ما يقتضيه تسلمه من زمن. وإذا لم يتقدم لتسلمه أو إذا تقدم لتسلمه لكنه لم يعرض في نفس الوقت أداء ثمنه عندما يكون هذا الثمن معجلا وجب اتباع القواعد العامة المتعلقة بمطل الدائن[360].
وإذا لزم تسليم الأشياء المبيعة على عدة دفعات، فإن عدم تسلم الدفعة الأولى يرتب نفس آثار عدم تسلم الأشياء كلها ما لم يتفق الأطراف على العكس"[361].

أما فيما يتعلق بمصروفات التسلم، فإنه بمجرد تمام العقد يتحمل المشتري سائر الأعباء التي تثقل الشيء المبيع – ما لم يشترط غير ذلك-كمصروفات حفظه وجني ثماره، ورفعه وتسلمه ومصروفات أداء الثمن، وتلك التي يقتضيها الصرف والتوثيق والتسجيل ومصروفات التنبر اللازمة لرسم الشراء، والتغليف والشحن والنقل، ما لم يجر العرف أو الاتفاق بخلافه[362].

359- أنظر الفصل 500 والفصل 501 من ق.ل.ع.
360- تناول المشرع تلك القواعد في الفصل 270 وما بعده من ق.ل.ع.
361- أنظر الفصل 580 من ق.ل.ع.
362- أنظر الفصل 493 وكذلك الفصل 511 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

2- جزاء الإخلال بتسلم المبيع

إذا أخل المشتري بالتزاماته العقدية، بأن امتنع أو تأخر عن تسلم الشيء المبيع في الموعد المحدد له، فإنه يعتبر في حالة مطل[363] وبتعبير آخر، فإنه يكون كذلك، إذا رفض دون سبب قانوني استيفاء الأداء المعروض عليه من البائع، أو من شخص آخر يعمل باسمه بالكيفية المحددة في السند المنشئ للالتزام أو التي تقتضيها طبيعته؛ أو إذا تم إخطاره من قبل البائع في أجل معقول بنيته في تنفيذ الالتزام، فإنه يكون في حالة مطل ولو رفض مؤقتا قبض الشيء المعروض عليه كما يعتبر سكوته أو غيابه عندما تكون مشاركته ضرورية لتنفيذ الالتزام رفضا منه.

وابتداء من الوقت الذي يصبح فيه المشتري في حالة مطل، فإنه تقع عليه مسؤولية هلاك الشيء أو تعيبه، ولا يكون البائع مسؤولا إلا عن تدليسه وخطئه الجسيم، إذ ليس عليه أن يرد سوى الثمار التي جناها فعلا أثناء مطل المشتري، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه يحق له استرداد المصروفات الضرورية التي اضطر إلى إنفاقها لحفظ الشيء وصيانته وكذا مصروفات العروض المقدمة منه.

363- من القواعد الواردة في قانون الالتزامات والعقود -وعلى وجه التحديد في الفصل 254 و255 و 259- أن تأخر المدين عن التنفيذ الكلي أو الجزئي لالتزامه ومن غير سبب معقول، يجعله في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المبين في السند المنشئ للالتزام، فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مطل إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين، بحيث يحق للدائن إجباره على التنفيذ مادام ممكنا، وإلا جاز له أن يطلب فسخ العقد مع التعويض في الحالتين:
ومن هذا المنطلق، يمكن القول إن المشتري متى كان في حالة مطل، فإن للبائع أن يطالبه بالتنفيذ العيني لعقد البيع، أما إذا تعذر تحقيق هاته الغاية، فإن العقد يفسخ ويعوض البائع عند الاقتضاء.

غير أنه لا يكفي مطل المشتري لإبراء ذمة البائع، بل يتعين عليه أن يعرض على المشتري تسلم الشيء على النحو الذي يحدده القانون[364] وإذا لم يتحقق الهدف من العرض العيني لتنفيذ الالتزام، جاز عندئذ للبائع أن يطلب فسخ البيع قضائيا، مع تعويضه عن الضرر الذي سببه الإخلال بالالتزام بالتسلم.

364- أنظر الفصول من 270 إلى 275 وما بعده من ق.ل.ع.

المبحث الثاني
أنواع خاصة من البيوع

لم يبق البيع في السنوات الأخيرة، ذلك العقد العتيق المنحصر في أنواع تقليدية والمحكوم بأساليب كلاسيكية تنظمه، بل عرف تطورا ملحوظا اقتضته ضرورة مسايرة واقع الأسواق، واكبته مجموعة من القوانين همت العديد من المجالات كالمجال المدني والجنائي والجبائي كما أنه ارتبط بنمو بارز في قطاع العقار، الذي أفردت له هو الآخر ترسانة قانونية تروم تأطيره من جوانب شتى وتشجيع اقتناء السكن لاسيما من لدن الأشخاص ذوي الدخل المحدود.

وفي سعيه نحو ترسيخ هذا التوجه، وضع المشرع قانونين يجسدان نهجه في تحديث المنظومة القانونية خاصة منها قانون الالتزامات والعقود، يتعلق أحدهما ببيع العقار في طور الإنجاز الذي احتضنه الفرع الرابع من الباب الثالث من القسم الأول من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود، ويرتبط الآخر بالإيجار المفضي إلى تملك العقار الذي تناوله في نص خاص خارج القانون المذكور.

Scanné avec CamScanner

المطلب الأول
بيع العقارات في طور الإنجاز

عملا بالظهير الشريف رقم 1.02.209 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 44.00 المتمم لقانون الالتزامات والعقود، أضاف المشرع إلى الباب المتعلق ببعض الأنواع الخاصة من البيوع- وهي بيع الثنيا، وبيع الخيار أو البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين، وبيع السلم- بيعا آخر ألا وهو بيع العقارات في طور الإنجاز.

وفي سنة 2013، وضع مشروع قانون تحت رقم 107.12 يغير ويتمم بموجبه القانون رقم 44.00 لاسيما أحكام الفصول من 1-618 إلى 20-618 الذي تمت المصادقة عليه مؤخرا من قبل لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب بعد الموافقة عليه من قبل مجلس المستشارين.

وبناء عليه، صدر الظهير الشريف رقم 1.16.05 في 3 فبراير 2016 بتنفيذ القانون رقم 107.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود[365] والذي وضع من بين أهدافه الأساسية، المساهمة في محاربة بعض الممارسات غير القانونية التي تعرفها السوق العقارية، وتحفيز الاستثمار العقاري

365- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 في 18 فبراير 2016، ص 932.
وقد جاء في مادة فريدة منه أنه:
"تغير وتتمم على النحو التالي أحكام الفصول 1-618 و 2-618 و 3-618 و 3-618 مكرر و 3-618 مكرر مرتين و 3-618 مكرر ثلاث مرات و 4-618 و 5-618 و 6-618 و 7-618 و 8-618 و 9-618 و 10-618 و 13-618 و14-618 و 15-618 و 16-218 و 18-618 و 19-618 و 20-618 من القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

وتعزيز حقوق المشتري من خلال الضمانات الجديدة التي أصبحت مخولة له، من ذلك مثلا "إنهاء الأشغال" واشتراط إدراج عبارة "غير قابل للتغيير" في النسخ المطابقة للأصل من التصاميم المعمارية، وإجراء "التقييد الاحتياطي" ودعم البائع ببعض الآليات القانونية حتى يتسنى له هو الآخر الاستمرار في مشروعه العقاري، لعل أهمها "عقد التخصيص" الذي لئن كان يضمن للمشتري حفظ حقه في المشروع العقاري، فإنه من زاوية أخرى، يمكن البائع من تمويل هذا الأخير ناهيك عن ضمانة إضفاء طابع القاعدة الآمرة على العديد من مقتضياته بحيث إن كل مخالفة لها تقع تحت طائلة البطلان.

وبيع العقارات في طور الإنجاز، أو كما يصطلح عليه: "البيع المعلق على تسلم مفاتيح العقار في اليد"، أو "البيع على الخطة"، أو "البيع على التصميم"، وهي كلها تسميات تعني أن هذا البيع من النوع المعلق على شرط إنهاء أشغال البناء مستقبلا – الشيء الذي يستنتج من التعريف الذي وضعه له المشرع المغربي كما سنرى- أي أنه يعد أحد تطبيقات بيع الأشياء المستقبلة التي أقرها المشرع عندما نص في الفصل 61 من قانون الالتزامات والعقود، على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات الواردة في القانون.

الفقرة الأولى: تعريف بيع العقار في طور الإنجاز ومجال تطبيق القانون المنظم له

سنتناول ضمن هذه الفقرة تعريف هذا النوع من البيوع من ناحية وتحديد مجال إعمال مقتضيات القانون المنظم له من ناحية أخرى وذلك على النحو التالي:

اولا: تعريف بيع العقار في طور الإنجاز

يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز حسب الفصل 1-618 من القانون رقم 107.12 المغير والمتمم للقانون رقم 44.00: "كل اتفاق يلتزم بمقتضاه

البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد، ونقل ملكيته إلى المشتري، مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال.
يحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال".

ثانيا: مجال تطبيق القانون المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز

بعد أن عرف المشرع بيع العقار في طور الإنجاز في الفصل المذكور سابقا، عمل على تحديد نطاق تطبيق مقتضيات هذا القانون فنص في الفصل 2-618 منه على أنه:
"يجب أن يتم بيع العقار في طور الإنجاز سواء كان معدا للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي من طرف الأشخاص الخاضعين للقانون العام أو القانون الخاص طبقا لأحكام هذا الفرع، وذلك تحت طائلة البطلان".

وحسبما استنتجناه شخصيا من قراءتنا لهذا القانون، أن مقتضياته أيضا تسري على العقار سواء كان محفظا أو في طور التحفيظ أو غير محفظ، وذلك على عكس الإيجار المفضي إلى تملك العقار، الذي يرد على العقار المحفظ وغير المحفظ فحسب، مع العلم أن استقرار المعاملات العقارية والأمن العقاري لا يتحققان إلا مع العقار الذي يكون محكوما بنظام التحفيظ العقاري.

الفقرة الثانية: إبرام عقد بيع العقار في طور الإنجاز وآثاره القانونية

يعد بيع العقار في طور الإنجاز من التصرفات القانونية التي تتطلب بدءا إبرام عقد ابتدائي، على أن يتم في وقت لاحق إبرام العقد النهائي، مع ما يتمخض عن ذلك من آثار قانونية في الحالتين، إلا أن أبرز المستجدات التي جاء بها القانون رقم 107.12 ذلك النوع الجديد من العقود الذي أطلق عليه "عقد التخصيص" بمعنى تخصيص أو لو صح التعبير حجز réservation البائع -المنعش العقاري- للمشتري عقارا

ضمن مشروعه من أجل اقتنائه فيما لو تم إبرام العقد الابتدائي أو العقد النهائي عند الاقتضاء.

وعليه، يمكننا تعريف التخصيص بأنه: "عقد بمقتضاه يتعهد البائع صاحب المشروع بحجز وتخصيص عقار لفائدة شخص يدعى المستفيد مقابل إيداع هذا الأخير ضمانا يمكنه من اقتناء العقار بصفة نهائية بعد استكمال الإجراءات القانونية".

أولا: عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز

يمكن استنادا إلى القانون رقم 107.12، للبائع والمشتري، قبل تحرير العقد الابتدائي، إبرام "عقد تخصيص" من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز، بعد الحصول على رخصة البناء تحت طائلة البطلان في مقابل أداء المشتري مبلغا ماليا قدره 5% من الثمن الإجمالي.

وخاصية هذا العقد، أنه يرد إما في محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ، وفقا للشكل المتفق عليه بين الأطراف، ويتضمن نفس البيانات اللازمة في العقد الابتدائي، باستثناء ما يتعلق بمراجع ضمانة استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد، أو ضمانة إنهاء الأشغال أو التأمين، ذلك أن هذه الضمانة ترتبط أساسا بالعقد الابتدائي، بينما عقد التخصيص لا يعدو أن يكون بمثابة عقد حجز على حد تعبيرنا.

كما أن صلاحيته تتحدد في مدة لا تتجاوز ستة أشهر غير قابلة للتجديد، تؤدي لزوما إلى إبرام عقد البيع الابتدائي، أو التراجع عن عقد التخصيص، الشيء الذي يخول للمشتري استرجاع المبالغ التي أداها مسبقا - وكان البائع قد قام بإيداعها في حساب بنكي خاص وسلم وصلا بالإيداع للمشتري- والتي تظل غير قابلة للتصرف فيها أو حجزها إلى غاية انقضاء أجل حق التراجع، هذا الحق الذي يتعين على المشتري أن يستعمله داخل أجل لا يتعدى شهرا ابتداء من تاريخ إبرام عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز، إذ في هذه الحالة، يصبح البائع ملزما بأن يرد

Scanné avec CamScanner

إلى المشتري المبلغ المدفوع كاملا داخل أجل سبعة أيـام مـن تـاريخ ممارسة المشتري لهذا الحق.

ومما نود لفت النظر إليه، أن أساس العملية التعاقدية ككل في بيع العقار في طور الإنجاز، أي في مستوياتها الثلاث: عقـد التخصيص والبيع الابتدائي، والبيع النهائي، هو "دفتـر الـتحملات" وإن اختلفت وظيفته في كل عقد، إذ في مرحلة إبرام التخصيص، يعرف هذا الدفتر بالمنتوج إلى درجة أن المشتري يتصل بالعقار المراد اقتناؤه عن طريق الاطلاع على بنوده، وقد يدفعه إلى إبرام العقد الابتدائي، لكن لا يمكـن إبرام البيع النهائي إلا بعد وضع البائع لدى محرر العقد، شهادة نهايـة الأشغال ومطابقة البناء لدفتر التحملات، أي أن هذا الأخير، يكون ملزما بتنفيذ بنوده، فإن فعل أبرم العقد، وإلا جاز للمشتري فسخه بقوة القانون مع حقه في التعويض.

وهكذا، ونظرا للأهمية التي يكتسيها دفتر التحملات، إذ يعد بمثابة "النظام الأساسي" لأطراف العقد، فإن المشرع استلزم وضعه علـى أن يكون مطابقا تماما للتصميم المعماري المـرخص بـه، وأن يتضـمن مكونات المشروع، ونوع الخدمات والتجهيزات الواجب إنجازها، وأجل الإنجاز والتسليم، وأن يتم التوقيع عليه من طرفه ومن طرف المشتري مع تصحيح إمضاءاتهما -بعد اطلاع المهندس المعماري عليه- وتسليم نسخة للمشتري مشهود بمطابقتها للأصل.

ويرفق هذا الدفتر- عند الاقتضاء- ببطاقة تقنية موجزة موقعة من البائع، تشتمل على وصف لمكونات محل نموذجي منجز من قبله كمـا تودع نسخة من كل من نظام الملكية المشتركة، وتصـاميم الإسـمنت المسلح، والتصاميم المعمارية الحاملة لعبارة "غير قابل للتغيير" إما لدى المحافظة على الأملاك العقارية فيما لو كان العقار محفظا، أو تسـجل بسجل خاص لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية الموجـود بـدائرتها العقار، إذا كان هذا الأخير غير محفظ.

وفي هذا الدفتر، يتعهد البائع باحترام الشروط المذكورة فيه، من ذلك التقيد بالتصاميم المعمارية، والالتزام بأجل إنجاز البناء، وبالنسبة لهذا الأجل يمكن إمهال البائع عن طريق منحه أجلا إضافيا على ألا تتجاوز مدته ستة أشهر لإتمام أشغال البناء، مع ضرورة إخبار المشتري بذلك داخل أجل شهر قبل تاريخ انصرام الأجل الأصلي لإتمام الأشغال.

ثانيا: عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز

يعتبر العقد الابتدائي بمثابة خطوة إيجابية تروم تأكيد العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري بعد إبرام عقد التخصيص عند الاقتضاء وهو قد يتحول إلى بيع نهائي، أو ينتهي قبل هذا التاريخ حسب الأحوال.

وكما يفيد بذلك القانون رقم 107.12، فإنه لا يمكن إبرام عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز[366] إلا بعد الحصول على رخصة البناء – وليس بعد الانتهاء من أشغال الأساسات على مستوى الطابق الأرضي– وأداء المشتري كحد أقصى قسطا من الثمن الإجمالي يتمثل في 5% عند إبرامه، أو 10% في حالة عدم وجود عقد التخصيص، و 10% عند بداية الأشغال، و60 % تقسم على ثلاث مراحل وتؤدى حسب اتفاق الأطراف عند الانتهاء من أشغال إنجاز كل مرحلة:

- 20% في مرحلة الأشغال المتعلقة بالأساسات على مستوى الطابق الأرضي؛
- 20% في مرحلة الأشغال الكبرى لمجموع العقار؛

---

366 – حسبما جاء في المادة الأولى من المرسوم رقم 2.04.143 الصادر في 27 دجنبر 2004 تحدد بموجبه تعريفة إبرام المحررات المتعلقة بعقدي البيع الابتدائي والنهائي للعقارات في طور الإنجاز – المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5280 بتاريخ 6 يناير 2005. ص 41 – تحدد تعريفة إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز في مبلغ 500 درهم يؤدى لفائدة محرر العقد.

- 20 % في مرحلة الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، التي تعتبر نقطة الانطلاق نحو إبرام عقد البيع النهائي.

وعلى حد علمنا، فإن رخصة السكن وثيقة تسلمها الجهة المختصة وفق الإجراءات والشروط التي تحددها السلطة التنظيمية وتخص العقارات المعدة للسكنى، أما شهادة المطابقة فتتعلق أساسا بالعقارات المعدة لغرض آخر غير السكن؛ وذلك بطلب من المالك الذي يجب عليه أن يصرح بانتهاء عملية البناء، حيث يتم تحريرهما بعد إجراء معاينة للتحقق من أن الأشغال أنجزت كما ينبغي، غير أنه إذا تولى مهندس معماري إدارة الأشغال، أغنت شهادته عن المعاينة.

1- كيفية إبرام عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز

لقد استلزم المشرع أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز- تحت طائلة البطلان- إما في محرر رسمي، أو في محرر ثابت التاريخ، يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يخول لها قانونها تحرير العقود، أي من طرف موثق أو عدل أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، وأن يوقع ويؤشر على جميع صفحاته من قبل الأطراف المتعاقدة والجهات التي حررته، وأن تصحح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من لدن المحامي لدى رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس هذا الأخير بدائرة نفوذها في سجل خاص يحدد بمقتضى قرار صادر عن وزير العدل[367].

وعلى عكس عقد التخصيص، الذي يتم إجراؤه إما بموجب محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ، فإن عقد البيع الابتدائي- وكذلك عقد البيع النهائي- يتوقف إبرامه على تحريره في محرر رسمي صادر

[367]- يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذا النوع من العقود، يقيد بها المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض طبقا للقانون المنظم لمهنة المحاماة، كما يتولى نص تنظيمي تحديد شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحريرها، تبعا لما ينص عليه الفصل 3-618 من هذا القانون.

عن موثق أو عدل، أو ثابت التاريخ صادر عن محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض أو عن أي مهني يمارس مهنة قانونية تخوله تحرير العقود.

ويجب أن يشتمل هذا العقد لزوما على مجموعة من البيانات[368] وهي كالآتي:

1- هوية الأطراف المتعاقدة؛

2- محل المخابرة المتفق عليه مع وجوب الإخبار في حالة تغييره.

3- رقم الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ، مع تحديد الحقوق العينية والتحملات والارتفاقات الواردة على العقار؛

4- تاريخ ورقم رخصة البناء؛

5- موقع العقار محل البيع ووصفه ومساحته التقريبية؛

6- ثمن البيع النهائي للمتر المربع وكيفية الأداء أو ثمن البيع الإجمالي بالنسبة للبيع المتعلق باقتناء عقار في إطار السكن الاجتماعي كما هو محدد بالتشريع الجاري به العمل؛

7- أجل التسليم؛

8- مراجع ضمانة استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد أو ضمانة إنهاء الأشغال أو التأمين.

كما يتعين على البائع، أن يودع لدى الجهة التي تولت تحرير العقد، نسخا مطابقة للأصل من التصاميم المعمارية الحاملة لعبارة "غير قابل للتغيير" وتصاميم الإسمنت المسلح، ونسخة من دفتر التحملات ونسخة من الضمانة البنكية أو التأمين، أو أي ضمانة مماثلة من شأنها أن تمكن المشتري من استيفاء حقوقه.

أما قبل التوقيع على العقد الابتدائي -أو على عقد التخصيص عند إبرامه- فإنه يعد باطلا كل أداء كيفما كان نوعه، وهو مقتضى أراد

368- ساقها المشرع في الفصل 3-618 مكرر من القانون رقم 12-107.

Scanné avec CamScanner

المشرع من خلاله، في نظرنا، محاربة بعض الممارسات غير القانونية التي كانت تشوب عملية الأداء وتضر على الخصوص بحقوق المشتري.

2- آثار إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز وفسخه

أ- الآثار القانونية لإبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز

يرتب إبرام العقد الابتدائي للعقار في طور الإنجاز آثارا قانونية في ذمة البائع والمشتري، إذ يلتزم البائع بعد توقيع العقد الابتدائي بأن يقدم لفائدة المشتري إما ضمانة إنهاء الأشغال، أو ضمانة استرجاع الأقساط المدفوعة عند عدم تنفيذ العقد[369].

واعتبارا لأهمية هذه الضمانة في تأمين الاستقرار للعملية التعاقدية، فإنه لا يجوز لمحرر العقد تسليم الأقساط المودعة لديه لفائدة البائع ما لم يحصل من طرفه على الضمانة التي تغطي كل قسط يؤديه المشتري، غير أن البائع يتحلل منها بقوة القانون، ويسترد من محرر العقد الابتدائي، السندات المتعلقة بها، إما في حالة تقييد عقد البيع النهائي، أو الحكم القضائي النهائي بالسجل العقاري بالنسبة للعقار المحفظ، أو إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان العقار في طور التحفيظ، أو بمجرد إبرام العقد وصدور الحكم القضائي النهائي إذا كان العقار غير محفظ؛ أو في حالة صدور حكم نهائي بالفسخ ناتج عن رفض المشتري تنفيذ التزاماته المقررة في العقد، أو إتمام البيع بعد استيفاء سائر الإجراءات التي ترتبط بمرحلة إبرام عقد البيع النهائي.

---

369 - وتستثنى من ذلك المؤسسات العمومية والشركات التي يعود مجموع رأسمالها للدولة أو لأي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام.

وإذا أثبت البائع إحدى هاتين الحالتين بالوثائق اللازمة، وجب على محرر العقد إرجاع سندات الضمانة أو التأمين إليه فور توصله منه بطلب خطي.

وفيما يخص المشتري، فإنه لا يتمتع بالحقوق الأساسية التي تترتب على عقد البيع، على اعتبار أن البائع يظل محتفظا بحقوقه وصلاحياته إلى غاية انتهاء الأشغال، لكن هذا لا يمنع من أن المشرع أقر له بعض الحقوق التي يخولها له العقد الابتدائي المبرم في إطار القانون رقم 107.12، من قبيل طلب إجراء تقييد احتياطي -دون أن يتوقف ذلك على موافقة البائع- للحفاظ مؤقتا على حقوقه، وذلك إذا كان العقار محفظا وتجاوزت التسبيقات 50% من ثمن البيع، وكل شرط مخالف يكون باطلا.

وعلى إثر هذا التقييد، الذي يظل ساري المفعول إلى غاية تقييد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع، والذي تعين رتبته - أي العقد النهائي- بأثر رجعي ينصرف إلى تاريخ التقييد الاحتياطي للعقد الابتدائي، فإنه يمنع على المحافظ على الأملاك العقارية تسليم نظير الرسم العقاري إلى البائع.

كما يجوز للمشتري التخلي عن حقوقه الناجمة عن بيع العقار في طور الإنجاز لشخص آخر وفق الشكل والكيفية المقررين لعقد التخصيص أو عقد البيع الابتدائي، بمقتضى القانون رقم 107.12، بيد أن هذا التخلي لا ينفذ في مواجهة البائع إلا إذا بلغ بإحدى الطرق القانونية حيث تنتقل إلى المشتري الجديد وتنفذ حقوق والتزامات البائع بقوة القانون.

ب- فسخ عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز

في حالة لجوء أحد الأطراف إلى فسخ العقد الابتدائي أو عقد التخصيص إذا تم إبرامه، فإن المتضرر منه يستحق تعويضا يتحدد في 15% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال الكبرى لمجموع العقار، و 20% منها إلى غاية الانتهاء من الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة.

غير أنه يحق للمشتري فسخ العقد دون أن يتحمل تبعة مسؤوليته فيما لو تجاوز البائع الأجل المتفق عليه لتسليم العقار، حيث يستحق تعويضا نسبته 20% من المبالغ المؤداة، كما يعفى من أداء أي تعويض فيما لو تم الفسخ قبل انتهاء أجل الثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد التخصيص.

ثالثا: عقد البيع النهائي للعقار في طور الإنجاز

إن العقار محل البيع لا يصبح منجزا ولو تم الانتهاء من بنائه إلا بعد الحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، إذ عندئذ يمكن إبرام العقد النهائي حسب نفس الكيفية التي يحرر بها عقد البيع الابتدائي، وبعد أن يضع البائع لدى محرر العقد شهادة مسلمة من المهندس المعماري تثبت نهاية الأشغال ومطابقة البناء لدفتر التحملات واستخراج الرسوم العقارية الفرعية بالنسبة للعقارات المحفظة، ويكون المشتري قد دفع ما تبقى من ثمن البيع كما هو محدد في عقد البيع الابتدائي أي 20% من الثمن الإجمالي[370].

[370]- يتقاضى محرر العقد النهائي لبيع العقار في طور الإنجاز طبقا للمادة 2 من المرسوم رقم 2.04.143 الصادر في 27 دجنبر 2004 السابق ذكره، مبلغا يتناسب مع ثمن البيع الإجمالي للعقار، وذلك كما يلي:
- أقل من 120.000 درهما أو ما يعادله : مبلغ 600 درهم؛
- من 120.001 درهم إلى 200.000 درهم: مبلغ 1.000 درهم؛
- من 200.001 درهم إلى 500.000 درهم؛ مبلغ 2.500 درهم؛
- من 500.001 درهم فما فوق: نسبة 0.50 % من المبلغ الإجمالي للعقار.

ويجب على البائع بمجرد حصوله على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، وعلى أبعد تقدير داخل أجل ستين يوما الموالية لتاريخهما، أن يبادر إلى إخبار المشتري بذلك في محل مخابرته المصرح به في عقد البيع الابتدائي أو في عقد التخصيص، بإحدى طرق التبليغ القانونية وأن يقوم بالإجراءات اللازمة لتحيين الملك موضوع الرسم العقاري من أجل استخراج رسوم عقارية فرعية خاصة بالعقار المحفظ، وإخباره بنفس الطرق أيضا بتاريخ استخراج هذه الأخيرة داخل أجل لا يتجاوز ثلاثين يوما الموالية لهذا التاريخ.

وفي حالة ما إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ستين يوما ابتداء من تاريخ توصله بالإشعار، فإنه يحق للمتضرر منه، إما أن يفسخ العقد عملا بمقتضى الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود[371] مع حقه في تعويض يقدر بـ 20% من المبالغ المدفوعة، وإما أن يلجأ إلى التحكيم، أو إلى القضاء من أجل إتمام البيع مع حقه في تعويض لا يتعدى 1% عن كل شهر من المبلغ الواجب دفعه، على ألا يتجاوز 10% في السنة[372].

كما أن الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع، يقوم مقام عقد البيع النهائي، وبالتالي يكون قابلا للتقييد في السجل العقاري إذا كان العقار محفظا، أو يتم إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان العقار في طور التحفيظ.

وهكذا، تنتقل ملكية العقار غير المحفظ أو في طور التحفيظ إلى المشتري ابتداء من تاريخ إبرام العقد النهائي أو صدور الحكم النهائي

371- ينص الفصل المومأ إليه أعلاه على أنه:
"إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته، وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

372 - بالنسبة للمشتري في حالة تأخره عن أداء الدفعات حسب المراحل كما هي مبنية في هذا القانون، وبالنسبة للبائع إذا ما تأخر عن إنجاز العقار في الأجل المحدد في دفتر التحملات.

في الدعوى، أما ملكية العقار المحفظ فلا تنتقل إليه طبعا إلا من تاريخ تقييد العقد أو الحكم المذكورين في الرسم العقاري.

تلكم كانت بصورة عامة قراءتنا الشخصية لمقتضيات القانون رقم 107-12 الذي يعتبر حديث العهد في الساحة القانونية حيث لم يصدر إلا في 3 فبراير 2016، والتي لمسنا من خلالها رغبة المشرع في خلق ضمانات تروم حماية حقوق كلا طرفي العقد وكذا ضبط العلاقة التعاقدية بينهما عن طريق تخويل المشتري إجراء تقييد احتياطي لضمان حقه في العقار إلى جانب عقدي التخصيص والابتدائي، اللذان يضمنان حقه في التسبيقات بهدف اقتناء العقار، وفي نفس الوقت تمكين البائع من الحصول على تمويل من أجل الاستمرار في إنجاز مشروعه ويقيه من الوقوع في صعوبات مالية، ناهيك عن سعيه إلى تثبيت ركائز الأمن العقاري وتخليق السوق العقارية من بعض الممارسات غير القانونية التي لطالما تفشت فيها.

وإذا كان تدخله في هذا الجانب الأخير يعد تدخلا محتشما، إلا إننا نعتبره مع ذلك خطوة إيجابية تحسب له، كما نتمنى أن تعرف مقتضيات هذا القانون التطبيق الفعلي في خضم عزوف ملموس من طرف المقبلين على اقتناء عقار في طور الإنجاز، واستحسان اقتناء العقار الجاهز.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثاني
عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

يعد القطاع السكني من أكثر القطاعات التي تعرف تدخل الدولة ليس فحسب على مستوى البناء والإنتاج العقاري، وإنما أيضا على مستوى التمويل؛ ذلك أن تفاقم أزمة السكن بما لها من بعد اجتماعي واقتصادي، جعل من الضروري البحث عن سبل وآليات تمويل جديدة لاحتواء مظاهرها، نظرا لأن توفير السكن اللائق للمواطنين يحتل مكانة مهمة في أولويات السياسة العامة للدولة.

ويشكل عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، الذي عمل المشرع المغربي على تنظيمه خارج إطار قانون الالتزامات والعقود بموجب قانون خاص[373] ألا وهو الظهير الشريف رقم 1.03.202 الصادر بتاريخ 11 نونبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 51.00، آلية جديدة لسد الحاجة

[373]- نود التنبيه في هذا الصدد، إلى أن المشرع أورد عبارة "الإيجار المفضي إلى البيع" أيضا في إطار القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك ضمن الباب المتعلق "بالقرض العقاري" وبالتالي فإن هذا النوع من العقود تحكمه المقتضيات المنصوص عليها في هذا الباب، لاسيما المواد من 135 منه إلى 141.
فالمادة 135 تنص على أنه:
"تخضع عقود الإيجار المفضي إلى البيع، والإيجار المقرون بوعد بالبيع، أو الإيجار مع خيار الشراء، والمتعلقة بالعقارات المشار إليها في البند 1 من المادة 113 لأحكام هذا الباب وفق الشروط المحددة في هذا الفرع مع مراعاة أحكام المادة 114".
وتفيد المادة 113 في بندها الأول بأنه:
"تطبق أحكام هذا الباب على القروض كيفما كانت تسميتها أو تقنيتها والتي تمنح بصورة اعتيادية من قبل أي شخص لأجل تمويل العمليات التالية:
1- فيما يخص العقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني والسكن".
أما المادة 114 المحال عليها بموجب المادة 135 والتي تنص على مراعاتها فتتضمن إشارة إلى القروض المستثناة من نطاق تطبيق الباب المتعلق بالقرض العقاري.

Scanné avec CamScanner

الإسكانية المتزايدة في السوق العقارية وتنمية المجال العقاري المعد للسكنى، عن طريق توسيع قاعدة تملك العقار من لدن الفئات الاجتماعية الضعيفة وتشجيع الأسر الشابة وذات الدخل المحدود من الحصول على سكن بشروط ملائمة، حيث يتم احتساب الأجور المؤداة في شكل دفعات متفق عليها بالتراضي بين البائع والمكتري المتملك المنتفع من العقار المنجز والمعد للسكنى- سواء كان محفظا أو غير محفظ- إلى حين حلول الأجل المحدد لنقل الملكية إلى هذا الأخير.

فهذا العقد الذي يندرج ضمن أنواع البيوع العقارية، إنما يرتكز في الأصل على اندماج عقدين أحدهما يخول للمكتري المتملك حق الانتفاع بالعقار بعوض، والآخر ينقل إليه الملكية بعد أداء آخر قسط من الوجيبة عند حلول تاريخ حق الخيار.

أما عن دراستنا له كعقد جديد جاء به المشرع في إطار تحيين وتحديث منظومته القانونية معززا بذلك قائمة العقود المدنية المنظمة فستكون على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: ماهية الإيجار المفضي إلى تملك العقار ونطاق تطبيق القانون المنظم له

سنعمل في إطار هذه الفقرة على تحديد مفهوم الإيجار المفضي إلى تملك العقار، وإبراز خصائصه، وكذا تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له من ناحية، ورصد المجال الذي حدده القانون رقم 51.00 لسريان أحكامه من ناحية ثانية.

أولا: مفهوم عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

1- تعريف الإيجار المفضي إلى تملك العقار

إن الإيجار المفضيَ إلى تملك العقار في مفهوم المادة الثانية من القانون رقم 51.00 هو:
"كل عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاه تجاه المكتري المتملك بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض، مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة 8 من القانون رقم 51.00 وذلك إلى حلول تاريخ حق الخيار".

أما عن المادة الثامنة المحال عليها، فجاء فيها أنه:
"يتعين على المكتري المتملك أداء الوجيبة باعتبارها مبلغا يؤدى على دفعات مقابل تملك العقار أو جزء منه لاحقا. تتكون الوجيبة وجوبا من جزءين: مبلغ متعلق بحق الانتفاع من العقار، والآخر يتعلق بالأداء المسبق لثمن تملك العقار.
يتم تحديد كل جزء باتفاق بين البائع والمكتري المتملك في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار ولا يؤخذ هذا التقسيم بعين الاعتبار إلا في حالة فسخ العقد."

ومن بين ما لاحظناه على هذا التعريف كون المشرع استهله بالبيع بوصفه العملية القانونية المتوخاة من وراء هذا العقد، وجعله سابقا لعملية الكراء من حيث الصياغة الفنية للنص، كما أنه استعمل عبارة الإيجار والحال أنه كان من المستحسن استبدالها بالكراء على غرار الفصل 626 من قانون الالتزامات والعقود الذي يسمي إجارة الأشياء: الكراء.

وعلى العموم، فإن الإيجار المفضي إلى تملك العقار عقد يبدأ بالكراء الذي يخول للمكتري المتملك حق الانتفاع بالعقار مدة معينة مقابل أداء الوجيبة، وينتهي بالبيع أي بالتملك عن طريق نقل الملكية من

Scanné avec CamScanner

- البائع إلى المكتري المتملك عند دفع جميع الأقساط التي تشكل ثمن بيع العقار.

2- خصائص عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

إن هذه الخصائص لا تنبثق فحسب من الوصف الذي يمكن إضفاؤه على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار ضمن تصنيفات العقود[374] وإنما أيضا من طبيعته المتميزة، إذ أنه كبيع عن طريق الكراء يبدأ في إنتاج آثاره القانونية بعقد كراء مفضي إلى التملك ويستمر على هذه الحال إلى وقت حلول حق الخيار - المشار إليه في المادة الثامنة السابقة الذكر - ليتحول إلى بيع نهائي للعقار بعد وفاء المكتري المتملك بجميع أقساط الوجيبة.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن من أبرز الخصائص التي يتسم بها هذا العقد، أنه عقد شكلي، بحيث إلى جانب تراضي طرفيه على العناصر الأساسية في بحكم ماهيته، وكذا على باقي الشروط التي يعتبرانها جوهرية، يستلزم المشرع شكلية معينة، ليس لإثباته بل لانعقاده، على عكس القاعدة العامة في الكراء العادي ألا وهي الرضائية، وتتمثل هذه الشكلية أساسا في الكتابة، إذ يجب إفراغ العقد في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يعده مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

وما دام المحل في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، يكون بالضرورة عقارا، فإنه يتم تقييده لدى المحافظة العقارية إذا كان محفظا أو تسجيل نسخة منه لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة إذا كان غير محفظ.

---

374 - من ذلك أنه يندرج في عداد العقود المسماة أو المنظمة، ومن خصائصه أنه عقد فردي ومحدد القيمة ومستمر وعقد تبادلي وعقد معاوضة.

Scanné avec CamScanner

وهو كذلك عقد ملزم للجانبين بحيث في مقابل أداء المكتري المتملك للوجيبة وسائر المصروفات الأخرى التي يلزمه بها المشرع واستعمال العقار وفق ما خصص له بموجب الاتفاق، يتعين على البائع أن يتحمل الالتزامات الملقاة على عاتقه كتسليم الشيء المكترى وضمانه، وإبرام العقد النهائي متى توفرت شروطه وما إليها من الالتزامات التي يقررها القانون؛ وعقد معاوضة، لأن المكتري المتملك ينتفع بعوض بالعقار لمدة معينة من الزمن، إلى أن يحل أجل الخيار ليصير مالكا بعد سداد جميع الالتزامات، أي أنه يصبح صاحب حق عيني على العقار المبيع، أما البائع فيستوفي الوجيبة؛ ناهيك عن أنه لا يكون في بداية تنفيذه بيعا ناجزا ناقلا للملكية، وإنما مجرد إيجار مفضي إلى التملك لمدة محددة باتفاق الطرفين إلى غاية حلول حق الخيار من أجل إبرام عقد البيع النهائي، بمعنى أنه قبل انعقاد البيع النهائي يكون المكتري المتملك صاحب حق شخصي فحسب يخوله لانتفاع بالعقار في مقابل عوض إلى حين إتمام البيع، ونظرا لأن مناطه هو نقل الملكية من البائع إلى المكتري المتملك، وجب توفر أهلية التصرف لدى طرفيه.

3- تمييز عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن بعض العقود المشابهة

قد تلتبس بعض العقود بعقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار نظرا للقواسم المشتركة بينهما، الأمر الذي تكون معه عملية التمييز ضرورية وذلك للكشف عن أوجه الاختلاف بينهما، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لبيع الخيار، وبيع العقار في طور الإنجاز.

أ- تمييز الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن بيع الخيار

إن البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين أو بيع الخيار - كما سبق بيانه- عقد يسوغ أن يشترط فيه، عند العقد أو في فصل إضافي، ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة معينة لا يصح تمديدها -ولو كان المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بالخيار لم يستعمل

حقه لسبب خارج عن إرادته- وهي ستون يوما (60) تبدأ من تاريخ العقد بالنسبة للعقارات البلدية والأراضي الزراعية، وخمسة أيام (5) بالنسبة للحيوانات الداجنة وكل الأشياء المنقولة[375].

غير أنه إذا لم يحدد العقد أجل الخيار، فإنه يفترض أن المتعاقدين ارتضيا الأجل المقرر بمقتضى القانون أو العرف، ذلك الأجل الذي يجب على صاحب الخيار التصريح إبانه بما إذا كان يقصد إمضاء العقد أو نقضه:

فقد يختار المعني بالأمر، إمضاء العقد في الميعاد المحدد بواسطة الاتفاق أو القانون، وفي مثل هذه الحالة يصير البيع تاما والشيء المبيع مملوكا للمشتري من يوم إبرام العقد، أو ترك الأجل ينقضي من غير أن يعلم الطرف الآخر بقراره، فيفترض فيه القبول بقوة القانون، أو يتوفى قبل استعمال حق الخيار، فينتقل هذا الأخير إلى ورثته أو إلى مقدمه متى فقد أهلية التعاقد.

وقد يختار نقض البيع، فيعتبر العقد كأن لم يكن وينتج عن ذلك رد كل متعاقد للآخر ما سبق أخذه منه، أما المشتري الذي يتعذر عليه رد المبيع أو لا يستطيع رده إلا متعيبا نتيجة سبب لا يعزى إلى فعله أو خطئه، فلا تقع عليه المسؤولية.

وانطلاقا مما ذكر، يتضح أن ممارسة حق الخيار من قبل صاحبه لا يترتب عليها أي تعويض، خلافا لحق الخيار الذي نظمه المشرع في القانون رقم 51.00 إذ يتعين على البائع ثلاثة أشهر قبل حلول تاريخه أن يطلب من المكتري المتملك – بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار

375- أنظر المادتان 8 و 9 و 12 و 13 من القانون رقم 51.00. والفصول 601 والفقرة 2 من الفصل 604 من قانون الالتزامات والعقود كما عدل وتمم بظهير 25 أبريل 1917 والفصل 605 من قانون الالتزامات والعقود.

بالتسلم- ممارسة حقه في تملك العقار محل العقد داخل الأجل المتفق عليه.

وهنا لا يخلو الأمر من فرضيتين: فإما أن يتم إبرام عقد البيع النهائي بعد أداء المبلغ المتبقي من الثمن المنصوص عليه في العقد وإما أن يفسخ لأسباب تتعلق بالبائع، وعندئذ يحق للمكتري المتملك استرداد كل المبالغ المؤداة مع التعويض، أو يفسخ كذلك بطلب من هذا الأخير أو ذوي حقوقه، وفي هذه الحالة يثبت له الحق في استرجاع تلك المبالغ على أن يخصم منها تعويض لفائدة البائع، مع بقائه ملزما بدفع نفقات أخرى -سنبينها لاحقا- وإخلاء العقار[376].

ب- تمييز الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن بيع العقار في طور الإنجاز

بالنسبة لبيع العقار في طور الإنجاز، أي ذلك النوع من العقود الذي بناء عليه يلتزم البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري، مع بقائه محتفظا بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال، مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال، والذي صاغ المشرع الأحكام الخاصة به في إطار رقم القانون رقم 107.12، فإنه يتعلق على وجه التحديد بالعقارات في طور الإنجاز المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، من طرف الأشخاص الخاضعين للقانون العام أو الخاص تحت طائلة البطلان، سواء كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ أو غير محفظ، ويكون منذ البداية عقد بيع يتأخر فيه التسليم إلى حين إتمام الأشغال، والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، وذلك على عكس الإيجار المفضي إلى تملك العقار، الذي مناطه العقارات المنجزة

376- أنظر المادة 15 والفقرة 1 من كل من المادة 16 و20 ثم المادتان 21 و22 من القانون رقم 51.00 ثم الفقرة 1 من الفصل 603 والفقرة 1 من الفصل 604 المعدل من ق.ل.ع. كما عدل وتمم بظهير 25 أبريل 1917. والفصول من 607 إلى 618 من ق.ل.ع.

والمعدة للسكنى فقط، محفظة كانت أو غير محفظة، وأساسه انتفاع المكتري المتملك ابتداء ونقل ملكيته إليه انتهاء بشروط.

ثانيا: نطاق تطبيق أحكام القانون رقم 51.00

أفرد المشرع بعض المقتضيات من القانون رقم 51.00 لتبيان الوعاء الموضوعي لهذا الأخير، وذلك بتحديد المسائل التي يشملها وتلك التي تستبعد من نطاقه.

1- العقارات المشمولة بالقانون رقم 51.00

تسري أحكام القانون رقم 51.00 على العقارات المنجزة والمعدة للسكنى سواء كانت محفظة أو غير محفظة[377].

أ- العقارات المنجزة والمعدة للسكنى

تعتبر منجزة العقارات الموجودة فعلا والجاهزة للسكن، أي القابلة له نظرا لتوفرها على سائر العناصر والمقومات التي تجعلها كذلك وفقا لإعدادها الطبيعي أو بحسب ما خصصت له بمقتضى الاتفاق.

وقياسا على القانون رقم 107.12 وبمفهوم المخالفة للفصل 15-618 منه يعتبر العقار منجزا بعد الحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، أما العقارات في طور الإنجاز والموجودة فقط في التصاميم فتخضع لهذا القانون الأخير.

377- تفيد المادة 1 من القانون رقم 51.00 بأنه:
"تطبق أحكام هذا القانون المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، على العقارات المنجزة والمعدة للسكنى".
أما العقارات المحفظة وغير المحفظة فأشارت إليهما المادتان 5 و6 من نفس القانون.

ب- العقارات المحفظة وغير المحفظة

إن الهدف من التحفيظ العقاري[378] -كما ينص الفصل الأول من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بشأن التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.177 الصادر في 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 14.07، هو جعل العقار المحفظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون بالإمكان إخراجه منه فيما بعد.

ويترتب على تحفيظ العقار، إنشاء رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السابقة غير المضمنة به ناهيك عن تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى إنشاء أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك في الرسم العقاري المؤسس له.

وبتعبير آخر، فإن من شأن التحفيظ العقاري أن يكسب العقار وضعية ثابتة ونهائية، ويطهره - كقاعدة- من أي حق آخر غير مقيد[379] كما أنه يعطي للرسم العقاري قوة قانونية غير قابلة للنزاع

378- وللإشارة، فإن التحفيظ لا يعتبر إلزاميا، بل هو أمر اختياري بدليل أن الفصل 6 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 ينص على أن:
"التحفيظ اختياري، غير أنه إذا قدم مطلب التحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقا".
وتبعا لما تقضي به الفقرة 1 من الفصل 7 الذي نسخ وعوض بالقانون رقم 14.07 فإن التحفيظ يكون إجباريا في الحالات المنصوص عليها في قوانين خاصة، وفي المناطق التي سيتم فتحها لهذه الغاية بقرار يتخذه الوزير الوصي على الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بناء على اقتراح من مديرها -وتحدد إجراءات التحفيظ الإجباري المتعلقة بالحالات المذكورة الفصول من 51-1 إلى 51-19 من هذا القانون. وكذا عندما تأمر به المحاكم المختصة أثناء متابعة إجراءات الحجز العقاري في مواجهة المحجوز عليه عملا بالفصل 8 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07.

379- فالحقوق العينية المنشأة بعد التحفيظ وكذا التصرفات الجارية على العقار بعد تحفيظه، تقبل التقييد، لأن التطهير لا يسري إلا على الحقوق السابقة للتحفيظ وغير

Scanné avec CamScanner

لاسيما أنه الوثيقة الوحيدة التي تشتمل على تحديد وتشخيص دقيق لهوية العقار من الناحيتين المادية والقانونية[380].

فكل تحفيظ إذن، يقتضي من المحافظ على الأملاك العقارية، إقامة رسم عقاري يتضمن لزوما جميع البيانات التفصيلية حول وضعية العقار، وشخص مالكه، ومختلف الحقوق والتصرفات القانونية المترتبة عليه[381] وهو رسم يكتسي صبغة نهائية، وهذا يفيد أنه يعتبر حجة قاطعة على ما قيد فيه، وهي حجة محصنة من أي طعن[382] وزيادة على ذلك فإن قاعدة "الحيازة سند الملكية[383]" تستبعد من مجال العقارات المحفظة

المعلن عليها أثناء جريان مسطرته، حيث تعد كأن لم تكن ولا يسوغ لأصحابها الاحتجاج بها، بل يتعين عليهم أن يتحملوا تبعة إهمالهم.

380- أنظر في هذا المعنى الفصل 52 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07.

381- حسبما يستشف من الفصل 52 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07.

382- تبعا لما يفيد به الفصل 82 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07.

383- الحيازة سبب من أسباب كسب الملكية، نظمتها مدونة الحقوق العينية في المواد من 239 إلى 263 وتقوم الحيازة الاستحقاقية -كما تنص على ذلك المادة 239- على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه، وهي لا تقوم للغير من المغاربة مهما طال أمدها.

ويشترط لصحتها كما تفيد بذلك المادة 240 ما يلي:

1- أن يكون واضعا يده على الملك؛

2- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه؛

3- أن ينسب الملك لنفسه والناس ينسبونه إليه كذلك؛

4 - ألا ينازعه في ذلك منازع؛

5- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون؛

6 - في حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

أضف إلى ذلك أن الحيازة لا تقوم -حسب المادة 241 - إذا بنيت على عمل غير مشروع.

أما بالنسبة لمدتها -كما حددتها المادة 251- فهي أربعون سنة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة.

وكما تنص على ذلك المادة 255، فإنه لا محل للحيازة:

1- بين الأب وابنه وإن سفل وبين الأم وأبنائها وإن سفلوا؛

2- بين الأزواج أثناء قيام الزوجية؛

مما يعني أن هذه الأخيرة لا يطالها التقادم بنوعيه المكسب والمسقط، أي أن الغير لا يكتسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري[384].

وبما أن الرسم العقاري يكتسي صبغة نهائية، فإن أي حق للغير يتعلق بالعقار المحفظ ولم يقيد بالرسم العقاري أثناء سريان مسطرة التحفيظ، لا يمكن لصاحبه المتضرر من جراء هذه العملية، أن يطالب به عينا[385] غير أنه يمكن لهذا الأخير في حالة التدليس فقط أن يقيم على مرتكبه دعوى شخصية بأداء تعويضات لجبر الضرر الذي لحق به على إثر التحفيظ[386] أما المبالغ المالية التي قد يحكم بها لصالح الطرف

3- بين الشركاء مطلقا؛
4- بين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره؛
5- بين الوكيل وموكله؛
6- بين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال.
وطبقا لما تصرح به المادة 261 فإنه لا يكتسب بالحيازة ما يلي:
1- أملاك الدولة العامة أو الخاصة؛
2- الأملاك المحبسة؛
3- أملاك الجماعات السلالية؛
4- أملاك الجماعات المحلية؛
5- العقارات المحفظة؛
6- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون.

384- كما عبر عنه المشرع في الفصل 63 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 بقوله: "إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري".

385- الشيء الذي أكده المشرع بقوله في الفقرة 1 من الفصل 64 الذي نسخ وعوض بالقانون رقم 14.07 :
"لا يمكن إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ".

386- عملا بما ورد في الفقرة 2 من نفس الفصل:

Scanné avec CamScanner

المتضرر من جراء خطأ في التحفيظ أو تقييد لاحق فيضمنه صندوق التأمين في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية[387].

وبالنسبة للقانون رقم 51.00 نجده يجيز للمكتري المتملك متى كان العقار محفظا، أن يطلب من المحافظ على الأملاك العقارية وضع تقييد احتياطي[388] على الرسم العقاري استنادا إلى عقد الإيجار المفضي إلى

"يمكن للمتضررين في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء تعويضات".

387 – ينص الفصل 100 الذي نسخ وعوض بالقانون 14.07 على أنه:
"يؤسس صندوق للتأمين، الغاية منه أن يضمن في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية، أداء المبالغ المالية التي قد يحكم بها عليهم لصالح الطرف المتضرر من جراء خطأ في التحفيظ أو في تقييد لاحق.
يحدد السقف الأقصى للصندوق المذكور في مبلغ 100 مليون درهم.
يعوض كل نقص منه نتيجة تنفيذ حكم مكتسب بقوة الشيء المقضي به من ميزانية الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية للسنة الموالية لتلك التي وقع فيها هذا النقص".
وللإشارة، فإن الوكالة المذكورة أحدثت بموجب الظهير الشريف رقم 1.02.125 الصادر في 13 يونيو 2002 بتنفيذ القانون رقم 58.00 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5032 بتاريخ 22 غشت 2002، ص 2405.

388– التقييد الاحتياطي إجراء يخوله القانون لكل من يدعي حقا عينيا على عقار محفظ قصد الاحتفاظ به مؤقتا، وذلك بالإشارة إليه في الرسم العقاري في انتظار تحويل هذا التقييد الاحتياطي إلى تقييد نهائي إذا توفرت الشروط المتطلبة لذلك، أو التشطيب عليه حسب الأحوال وتجريده من كل أثر.
وعليه، فإن الهدف من التقييد الاحتياطي هو الاحتفاظ مؤقتا بحق موجود غير أنه معلق على أمر ما، كإتمام بعض الإجراءات المرتبطة بتقييده.
والملاحظ أن من بين المستجدات التي جاء بها القانون رقم 14.07 تغيير حالات وآجال التقييد الاحتياطي.
وللوقوف على ذلك، راجع مثلا الفصل 85 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 والفصل 86 الذي نسخ وعوض بالقانون رقم 14.07، والفصل 86 مكرر الذي أضيف بالقانون رقم 14.07، والفصل 88 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 وغيرها من الفصول.

Scanné avec CamScanner

تملك العقار بهدف الحفاظ مؤقتا على حقوقه، علما أن هذا التقييد يظل ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي في الرسم العقاري الذي تعين رتبته بأثر رجعي ينسحب إلى تاريخ التقييد الاحتياطي[389].

أما العقارات غير المحفظة، فهي العقارات الأصيلة أو العادية التي تسري عليها أحكام الفقه الإسلامي[390] ومقتضيات قانون الالتزامات والعقود، وأحيانا تخضع للأعراف؛ وفيما يتعلق بالأساس الذي تقوم عليه، فيتمثل في الحيازة أي وضع اليد الهادئ والعلني والخالي من الالتباس[391].

وحسب القانون رقم 51.00 إذا كان العقار غير محفظ، فإن نسخة من عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار تسجل بسجل خاص لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار ضمن دائرة نفوذها[392].

2- الموضوعات المستثناة من نطاق القانون رقم 51.00

لقد نص المشرع صراحة في القانون رقم 51.00 على بعض الموضوعات التي تخرج على نطاقه، ويتعلق الأمر بالقانون رقم 6.79

389- أنظر المادة 5 من القانون 51.00.

390- وتخضع لأحكام الفقه الإسلامي أيضا العقارات في طور التحفيظ، والتي يقصد بها العقارات التي سبق لصاحبها أن قدم بشأنها مطلب تحفيظ، إلا أنه لم يصدر بعد قرارا نهائيا بإنشاء الرسم العقاري، الأمر الذي يجعلها تظل محتفظة بطبيعتها الأصلية.

391- ينص الفصل 166 من قانون المسطرة المدنية -في معرض الحديث عن دعاوى الحيازة- على أنه:
" لا يمكن رفع دعاوى الحيازة إلا ممن كانت له شخصيا أو بواسطة الغير، منذ سنة على الأقل، حيازة عقار أو حق عيني عقاري، حيازة هادئة علنية متصلة غير منقطعة وغير مجردة من الموجب القانوني وخالية من الالتباس.
غير أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة المنتزعة بالعنف أو بالإكراه، إذا كانت للمدعي وقت استعمال العنف أو الإكراه، حيازة مادية وخالية وهادئة وعلنية".

392- أنظر المادة 6 من القانون رقم 51.00.

الصادر بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني[393] والقانون رقم 64.99 الخاص باستيفاء الوجيبة الكرائية[394] والمرسوم بمثابة قانون رقم 2.80.552 القاضي بتخفيض مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين[395] والتي تم نسخها بموجب المادة 75 من القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة

393- صدر بشأن تنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، الظهير الشريف رقم 1.80.315 بتاريخ 25 دجنبر 1980 يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 6.79 بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3560 بتاريخ 21 يناير 1981 ص 68.

394- يتعلق الظهير الشريف رقم 1.99.211 الصادر في 25 غشت 1999 بتنفيذ القانون رقم 64.99 باستيفاء الوجيبة الكرائية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4732 بتاريخ 7 أكتوبر 1999. ص 2449.

395 – يقضي المرسوم بمثابة قانون رقم 2.80.552 الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 1980 بتخفيض مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3545 بتاريخ 8 أكتوبر 1980. ص1262.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه بتاريخ 19 نونبر 2013، صدر الظهير الشريف رقم 1.13.111 الصادر بتاريخ 19 نونبر 2013 بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 28 نونبر 2013 . ص 7328- الذي نص في المادة 75 منه على نسخ مجموعة من المقتضيات منها تلك المتعلقة:

- بالأماكن المعدة للسكنى والاستعمال المهني الواردة في الظهير الشريف الصادر بتاريخ 25 غشت 1999 المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية.
- بتحديد الأماكن المعدة للسكنى المنصوص عليها في الظهير الشريف المؤرخ في 19 غشت 1941.
- بالتخفيض من مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين الواردة في المرسوم بمثابة قانون الصادر في 8 أكتوبر 1980.
- بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني المنصوص عليها في الظهير الشريف الصادر بتاريخ 25 دجنبر 1980 حسبما وقع تغييره وتتميمه....

السكنى أو للاستعمال المهني المؤرخ في 19 نونبر 2013، وهو أمر منطقي في نظرنا للاعتبارات الآتية :

– أن القانون رقم 6.79 إنما تنحصر وظيفته في تنظيم العلاقات المذكورة دون أن يتجاوز ذلك إلى تنظيم تملك العقار بعد فترة من الانتفاع به بعوض إلى حلول تاريخ حق الخيار؛

– وأن القانون رقم 64.99 يتناول الوجيبة العادية لكراء الأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، التي يمكن في حالة التأخر عن أدائها في الأجل المحدد، سلوك مسطرة الإنذار من قبل رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، وليس الوجيبة بمفهومها في المادة الثامنة من القانون رقم 51.00 التي تتكون وجوبا من جزءين: مبلغ يتعلق بحق الانتفاع من العقار، والآخر يخص الأداء المسبق لثمن تملكه، والتي تؤدى في إطار علاقة تعاقدية يتزاوج فيها الكراء والبيع، مما يخول البائع حق المطالبة بفسخها عند عدم تنفيذ المكتري المتملك لالتزاماته المرتبطة بها؛

– وأن مبدأ تخفيض مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكترين عملا بالمرسوم بمثابة قانون رقم 2.80.552 لا يمكن تطبيقه في إطار الإجار المفضي إلى تملك العقار، لأن الوجيبة تشتمل على جزء من ثمن تملك العقار الذي هو "ثمن محدد غير قابل للمراجعة" من قبل الطرفين، وإنقاصها يضر بحق البائع في استيفاء ثمن هذا الأخير.

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على النظام القانوني الخاص الذي يستقل به هذا النوع من العقود، والذي حذا بالمشرع إلى أن يخرج من مجال تطبيقه المقتضيات المذكورة أعلاه صراحة، وبالتالي فإننا نستشف من موقفه هذا، إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بكل من الكراء والبيع فيما لم يرد بشأنه مقتضى خاص في القانون رقم 51.00.

Scanné avec CamScanner

الفقرة الثانية: إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار وفسخه

حتى ينتج عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار آثاره القانونية لابد من أن يتوفر فضلا عن الأركان العامة المتطلبة أصلا في سائر العقود- وهي أهلية للالتزام، وتعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام، وشيء محقق يصلح أن يكون محلا للالتزام، وسبب مشروع للالتزام- على الشروط الخاصة به.

أولا: إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

ذكر المشرع صراحة عقد البيع النهائي في إطار القانون رقم 51.00 دون العقد الابتدائي، وذلك خلافا للقانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، علما أنه يمكن التمييز في إطاره بين مركزين قانونيين أحدهما يكون فيه المكتري المتملك صاحب حق شخصي يمنحه الانتفاع بالعقار، والآخر هو عقد البيع النهائي الذي يجعل منه صاحب حق عيني أي مالكا للعقار؛ ونحن في إطار دراستنا هذه سنحتفظ بنفس الصياغة التي استعملها المشرع أي عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، للدلالة على العقد الابتدائي، وتملك العقار للدلالة على عقد البيع النهائي.

1- كيفية إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

يتطلب المشرع لإبرام هذا العقد، أن يحرر -تحت طائلة البطلان- بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يخول لها قانونها تحرير العقود، أي من لدن موثق أو عدل أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، والتأشير على جميع صفحاته من قبل الأطراف المتعاقدة والجهات التي حررته، وكذا تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقد المحرر من المحامي لدى رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس هذا الأخير

Scanné avec CamScanner

مهامه بدائرة نفوذها[396] وإجراء تقييد احتياطي لدى المحافظة العقارية إذا كان العقار محفظا، وتسجيل نسخة من العقد بسجل خاص تمسكه كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية أي موجود بدائرة نفوذها العقار، إذا كان العقار غير محفظ.

وزيادة على هذه الشكلية التي قررها المشرع لتحرير عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، فإنه استلزم أيضا تضمينه مجموعة من "العناصر" على حد تعبيره، تتمثل طبقا للمادة السابعة من القانون رقم 51.00 فيما يلي:

1- هوية الأطراف المتعاقدة؛
2- مراجع العقار محل العقد؛
3- موقع العقار ووصفه كليا أو جزئيا؛
4- ثمن البيع المحدد الغير القابل للمراجعة؛
5- مبلغ التسبيق عند الاقتضاء وتحديد الوجيبة التي يتحملها المكتري المتملك وفترات وكيفية تسديدها وكذا كيفية خصم الوجيبة من ثمن البيع؛
6- تخويل المكتري المتملك إمكانية تسبيق أداء ثمن البيع كليا أو جزئيا قبل حلول تاريخ حق الخيار؛
7- مراجع عقد التأمين المبرم من قبل البائع لضمان العقار؛
8- شروط مزاولة حق الخيار وفسخه؛
9- تاريخ بدء الانتفاع من العقار والأجل المحدد للمكتري المتملك لممارسة حقه في تملك العقار وكذا شروط التمديد والفسخ المسبق للعقد.

396- والجدير بالإشارة، أن وزير العدل يحدد سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذا النوع من العقود يقيد بها المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض طبقا للقانون المنظم لمهنة المحاماة، كما يتولى نص تنظيمي تحديد شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحريرها، حسبما تفيد به المادة 4 من القانون رقم 51.00.

وهذه العناصر – التي تختلط فيها في رأينا، البيانات مع البنود حسب صياغة المشرع المغربي لها- تتمحور من جهة، حول أشخاص عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، أي الأطراف المتعاقدة وذلك من حيث تبيان هويتها، ومن جهة أخرى حول محل العقد، أي العقار الذي يجب تعيينه من خلال وصفه كليا أو جزئيا، وذكر مراجعه ومراجع عقد التأمين المبرم من قبل البائع لضمانه، وكذلك الوجيبة- في منطوق المادة الثامنة من القانون رقم 51.00- التي ينبغي أن تكون محددة بدقة من حيث أقساطها وفترات وكيفية تسديدها وخصمها من ثمن البيع وثمن البيع المحدد الغير قابل للمراجعة، ومبلغ التسبيق عند الاقتضاء ناهيك عن حق المكتري المتملك المرتبط بالانتفاع من العقار، وذلك بتحديد تاريخ الشروع فيه، وحقه المرتبط الخيار، إذ يجب الإشارة في العقد إلى شروط مزاولته، وكذلك إلى أجل ممارسة حق التملك وشروط التمديد والفسخ المسبق للعقد.

2- آثار إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

إن انعقاد هذا العقد تترتب عليه آثار قانونية خصها المشرع بالباب الثالث من القانون رقم 51.00 تحت عنوان: "حقوق والتزامات الأطراف" إذ بالنسبة للمكتري المتملك ينشأ له حق الانتفاع بالعقار بعوض في مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة الثامنة والتي يتم تحديد كل جزء منها بالاتفاق بينه وبين البائع، هذا الأخير الذي لا يحق له أن يطلب أو يقبل أي أداء كيفما كان نوعه قبل التوقيع على العقد.

ويتمتع بالإضافة إلى الحقوق الأخرى المخولة له بمقتضى العقد، بحق الأفضلية على باقي الدائنين غير المرتهنين، وحفاظا على هذه الحقوق وعلى رتبتها في السجل العقاري، يحق له إجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري بناء على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار إذا كان العقار محفظا، أما إذا كان غير محفظ فإنه يسجل نسخة منه- أي من

العقد المذكور- بسجل خاص تمسكه كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية الموجود العقار بدائرة نفوذها[397].

وفي المقابل، يتعين عليه ابتداء من تاريخ بدء الانتفاع، تسديد الوجيبة - باعتبارها مبلغا يؤدى على دفعات من أجل تملك العقار أو جزء منه لاحقا- طبقا للشروط الواردة في العقد، واستعمال العقار بنفس العناية التي يدير بها شؤونه الخاصة، ووفق الغرض المعد له بمقتضى عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، وتحمل تكاليف صياغته كما هي محددة في قانون الالتزامات والعقود[398] والقانون الصادر بشأن تنظيم الملكية المشتركة للعقارات المبنية[399] وعدم إجراء أي تغيير على العقار من شأنه تهديد سلامة وأمن السكان وحسن استعمال التجهيزات الموجودة به، إلا أنه يمكنه بعد موافقة البائع كتابة، القيام على نفقته بإدخال تحسينات عليه أو على جزء منه فقط[400].

أما فيما يخص البائع، فإنه علاوة على الالتزامات المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود[401] الخاصة بالمكري-التي أحال

397- أنظر المواد 5 و 6 و 8 و 9 و 11 من نفس القانون.
398- خاصة منه الفصل 639 الذي يقضي بأنه :
"في كراء العقارات لا يلزم المكتري بإصلاحات الصيانة البسيطة، إلا إذا كلف بها بمقتضى العقد أو العرف. وهذه الإصلاحات هي التي تجرى:
- لبلاط الغرف وزليجها إذا لم يتكسر منه إلا بعض وحداته.
- للألواح الزجاجية ما لم يكن تكسرها ناشئا عن البرد وغيره من النوازل الاستثنائية ونوازل القوة القاهرة التي يتسبب خطأ مكتري في حدوثها.
- للأبواب والنوافذ والألواح المعدة لغلق الحوانيت والمفصلات والترابيس والأقفال.
أما تبييض الغرف وإعادة طلائها واستبدال ما بلي من الأوراق الملصقة بجدرانها والأعمال اللازمة للسطوح ولو كانت مجرد أعمال الطلاء أو التبييض، فتقع على عاتق المكري".
399- أي القانون رقم 18.00 كما غير وتمم بموجب القانون رقم 106.12.
400- تبعا لما تنص عليه المادة 10 من القانون رقم 51.00.
401- في الفصول من 635 إلى 662 منه.

عليها القانون رقم 51.00[402]– والمتمثلة في الالتـزام بتسليم الشـيء المكترى للمكتري المتملك، والالتزام بالضمان، فإنه يجب عليه أن يقوم بمعاينة العقار بحضور المكتري المتملك أثناء إبرام العقد وكـذا عند فسخه– وإلا فإنه بعد مضي مدة ثمانية أيام من تاريخ الإنذار وبقائه دون جدوى، تتم المعاينة من طرف خبير تعينه المحكمة بناء علـى طلب صاحب الحق، ويدفع مصاريفها الطرف المخل[403] –وتحمـل تكـاليف الإصلاحات المنصبة على العناصر التي يرتكز عليها ثبات أو صـلابة العقار وعلى تلك المكونة أو الملازمة له جميعها[404].

3- عقد البيع النهائي

كما هو واضح من القانون رقم 51.00، فإن هذا العقد يبرم وفـق نفس الكيفية التي تم بها إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقـار – أي العقد الابتدائي كما هو متواتر في بعض الدراسات الأكاديمية– وذلك بعد أن يكون البائع، ثلاثة أشهر قبل حلول حق الخيار[405] قد طلب مـن المكتري –بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتسلم– ممارسة حقـه في تملك العقار محل العقد داخل الأجل المتفق عليه، وبعد أن يكون هذا الأخير قد دفع المبلغ المتبقي من ثمن البيع المتفق عليه في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، أو حصل على قرض لضمان تمويل ما تبقى من الأقساط المستحقة من مؤسسة قرض معتمدة.

وهكذا، تنتقل الملكية إلى المكتري المتملك، ويتسلم العقار بالحالة التي كان عليها أثناء إبرام عقد البيع النهائي.

402– وبالضبط مطلع المادة 11 منه.

403– تبعا لما تنص عليه المادة 12 من نفس القانون.

404– أنظر المادة 13 من نفس القانون.

405– إن الخيار الوارد في القانون رقم 51.00 حق منحه المشرع للمكتـري فقـط وهو عبارة عن أجل متفق عليه مسبقا بينه وبين البائع ومضمن في العقد الأولي، إذ خلاله يتعين على صاحبه أن يبدي رغبته في إبرام العقد البيع النهائي أم لا.

Scanné avec CamScanner

أما إذا رفض البائع إبرامه في أجل أقصاه ثلاثين يوما من توصله بإنذار بقي دون جدوى، فإنه يحق للمكتري المتملك -الذي وفى بثمن البيع كاملا- المطالبة قضائيا بإبرامه وفي هذه الحالة يعد الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع بمثابة عقد بيع نهائي[406].

ثانيا: فسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

إن فسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار هو الباب الخامس الذي اختتم به المشرع القانون رقم 51.00 والذي تطرق فيه إلى الفسخ لأسباب منسوبة إلى البائع، والفسخ لأسباب منسوبة إلى المكتري المتملك أو ذوي حقوقه.

1- الفسخ لأسباب منسوبة إلى البائع

إذا كان فسخ العقد لسبب يعزى إلى البائع، فإنه يثبت للمكتري المتملك حينئذ الحق في استرداد المبالغ المؤداة بالتسبيق، وذلك فضلا عن تعويض قدره 10% من هذه المبالغ التي يجب عليه ردها داخل أجل أقصاه ثلاثة أشهر بعد الفسخ، وما لم يقم بذلك، فإنه لا يجوز له مطالبة المكتري المتملك بإفراغ العقار.

2- الفسخ لأسباب منسوبة إلى المكتري المتملك أو ذوي حقوقه

يمكن للمكتري المتملك -أو ذوي حقوقه- لأسباب منسوبة إليه، أن يطلب هو الآخر فسخ العقد سواء قبل أو عند حلول تاريخ حق الخيار إذ يسترد المبالغ التي دفعها بغرض اقتناء العقار طبقا لمقتضيات المادة الثامنة من القانون رقم 51.00، وخصم تعويض لفائدة البائع بنسبة 10% من هذه المبالغ، وإخلاء العقار ما لم يتفق على خلاف ذلك.

ونظرا لأن العقد هو في بدايته عقد كراء، فإن المكتري المتملك يكون مطالبا في جميع حالات الفسخ بدفع الوجيبة المستحقة وغير

406- أنظر المواد من 15 إلى 19 من القانون رقم 51.00.

المؤداة مقابل الانتفاع بالعقار، والنفقات الناتجة عن تدهور حالة هذا الأخير على إثر استغلاله[407].

وضمانا لحقوق البائع عند إخلال المكتري المتملك بالتزاماته التعاقدية المتعلقة بالتسبيق -عند الاقتضاء- والوجيبة - مع تعويض من المبالغ المستحقة يقدر بـ 10%، وسائر النفقات الأخرى، فإنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات، أن يصدر أمرا بفسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، وإفراغ العقار باعتبار المكتري المتملك محتلا له بدون سند قانوني[408] وشطب قيده الاحتياطي إذا كان العقار محفظا.

وإذا كان الإيجار المفضي إلى تملك العقار، يعتبر صيغة تعاقدية نظمها المشرع إسهاما منه في توسيع قاعدة استفادة الفئات الاجتماعية ذات الدخل المحدود أو المعوزة من اقتناء عقار منجز ومعد للسكنى، إلا أننا نرى أنه حبذا لو يتدخل لإعادة النظر في مجموعة من مقتضيات هذا القانون التي يكتنفها اللبس، من قبيل المادة 16 التي أشار فيها إلى عقد البيع النهائي، والحال أنه لم يتطرق قبل ذلك إلى العقد الابتدائي بعكس ما فعله بالنسبة لبيع العقارات في طور الإنجاز؛ والمادة 20 التي نص فيها من ناحية، على المبالغ المؤداة بالتسبيق والوجيبة المؤداة مسبقا، وهي صياغة تطرح إشكالا لاسيما إذا علمنا أن الوجيبة في حد ذاتها تتكون من مبلغ يتعلق بالأداء المسبق لثمن تملك العقار، واستعمل فيها[409] من ناحية أخرى لفظ المحل، الذي له دلالة تختلف من الناحية القانونية عن لفظ العقار، في الوقت الذي كان يجدر به توحيد المصطلح رفعا لأي لبس؛ والمادة 21 التي جعل فيها الفسخ يتم لأسباب منسوبة إلى

407- أنظر المواد من 20 إلى 22 من نفس القانون.

408- لأنه في حالة فسخ العقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، أو عدم إبرام عقد البيع النهائي في الأجل المحدد، فإن المكتري المتملك لا يستفيد من أي حق في البقاء في العقار ما لم يتفق على خلاف ذلك.

409- وكذا في المادة 22 من نفس القانون.

Scanné avec CamScanner

البائع والمكتري المتملك أو ذوي حقوقه دون أدنى قيد أو شرط[410] وكل من المادة 20 و 21 اللتان سوى فيهما بين البائع والمكتري المتملك فيما يتعلق بنسبة التعويض رغم اختلاف مركزهما القانوني والاقتصادي.

وعلى العموم، فإنه يستشف من التقنية التي ينطوي عليها هذا العقد، أنه يخفي داخله شرط الاحتفاظ بالملكية من أجل الضمان، ما دام أن نقلها لا يتحقق إلا بعد ممارسة حق الخيار من قبل المكتري المتملك بعد أن يكون قد سدد جميع الأقساط المترتبة عليه، كما أن تخويل البائع حق الاستفادة من المسطرة الاستعجالية عند عدم تنفيذ هذا الأخير - أي المكتري المتملك- لالتزاماته التعاقدية إنما يكرس في الواقع قيمة الحماية التي يروم المشرع توفيرها للطرف الذي احتفظ بالملكية في إطار هذا النوع من العقود.

410- ومن البديهي أن تكون هذه الأسباب في نظرنا مقبولة ومبررة بحيث يتعذر معها الاستمرار في تنفيذ الالتزامات من قبل أي من الطرفين المتعاقدين، وبالتالي يكون الخيار هو اللجوء إلى فسخ العقد، وهو ليس فسخا بقوة القانون بدليل أن المشرع استعمل عبارة "أسباب منسوبة إليه".

Scanné avec CamScanner

المبحث الثالث

عقد الوديعة وعقد الوكالة

تعتبر الوديعة من أهم العقود التي فرضت حضورها ليس فقط في المعاملات المدنية، ولكن أيضا في المعاملات التجارية خاصة وأنها تعتبر عقدا بنكيا نظمه المشرع في الكتاب الرابع من مدونة التجارة حيث أفرد له أحكاما خاصة به إلى جانب الأحكام العامة المقررة في قانون الالتزامات والعقود، مثلها في ذلك مثل الوكالة التي أصبحت مع مرور الوقت تشكل في نظرنا منظومة قائمة بذاتها بحيث تتقاسم مقتضياتها العديد من القوانين في مقدمتها قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية، ومدونة التجارة، ومدونة الأسرة وغيرها.

وتأسيسا على ذلك، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق إليهما تباعا على الشكل التالي:

Scanné avec CamScanner

المطلب الأول
عقد الوديعة

تعتبر الوديعة من العقود التي حظيت من لدن المشرع بالتنظيم في إطار قانون الالتزامات والعقود[411] كأحد العقود المسماة المدنية التي ترد على العمل، مثلها في ذلك مثل الوكالة، وكنموذج للعقود العينية في تشريعنا – إلى جانب كل من العارية والرهن الحيازي، حيث تتميز بتسليط المالك – المودع – غيره – المودع عنده – على حفظ عين من ماله – الشيء المودع أو الوديعة– مدة معينة، ثم يرده بعينه، وبأنها قد تكون اختيارية أو اضطرارية.

والوديعة الاضطرارية طبقا للفصل 789 المعدل والمتمم بظهير 6 فبراير 1951، هي التي تجبر عليها حادث كحريق أو غرق أو أي حادث آخر غير متوقع أو ناجم عن قوة قاهرة، ويمكن إثباتها بأية وسيلة من وسائل الإثبات أيا كانت قيمة الشيء المودع، خلافا للوديعة الاختيارية التي يلجأ إليها المرء بمحض إرادته ويجب إثباتها بالكتابة متى تجاوزت قيمة هذا الأخير مائتي (200) درهم[412].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الوديعة الاضطرارية تنعقد في ظروف يجد فيها المودع نفسه مضطرا – وليس مكرها – إلى الإيداع حتى ينقذ ماله من خطر الحادث غير المتوقع الذي يتهدده، وشرط عدم التوقع يتجاوز عنه في العديد من الحالات كما في وديعة الفنادق؛ كذلك فإن واقعة الاضطرار تجعل الوديعة تخضع لأحكام

411– وذلك في الفصول من 781 إلى817 بالنسبة للوديعة الاختيارية، وفي الفصول من 818 إلى 828 فيما يتعلق بالحراسة أو وديعة الأشياء المتنازع عليها.

412– وهذا خلافا للقاعدة الواردة في الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بالقانون رقم 53.05.
ونرى أنه لا غرابة في ذلك، فالفصل 789 وضع في 12 غشت 1913 وظل على حاله منذ ذلك التاريخ إلى يومنا هذا، أما الفصل 443 فعدل وتمم بالقانون المذكور في 30 نونبر 2007.

خاصة، من ذلك على سبيل المثال أن الإثبات يكون بجميع الطرق ولو تجاوزت قيمة الشيء المودع مائتي درهم، نظرا لوجود المانع من الحصول على الحجة الكتابية وقت الإيداع، وأن تكون مأجورة خروجا على الأصل في الوديعة الاختيارية – استنادا إلى النية المفترضة للمتعاقدين ما لم يقض الاتفاق أو العرف بأن تكون على سبيل التبرع، وأن يبذل المودع عنده في حفظ الشيء المودع عناية أكبر مما هو مطلوب في الوديعة الاختيارية، ولو كانت بغير أجر، بل ولا يجوز فيها الاتفاق على إعفائه من المسؤولية أو تخفيفها وإلا اعتبرت إرادته مشوبة بالإكراه.

وعلاوة على كل من الوديعة الاختيارية والاضطرارية، هناك ما يسمى بالوديعة الناقصة، وهي الوديعة التي يكون محلها مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك بالاستعمال، ويأذن المودع للمودع عنده باستعماله، ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يرده بعينه، بل يرد مثله كما في القرض، الشيء الذي جعل المشرع يخرج بها على أن تكون وديعة وأخضعها للقواعد الخاصة بعارية الاستهلاك أو القرض، ولتمييزها عن الوديعة العادية يطلق عليها الفقه "الوديعة الناقصة"، أما المشرع المغربي فحسم الأمر وسماها القرض[413]؛ هذا فضلا على أنه خصها بمقتضيات في مدونة التجارة، تناول فيها إيداع النقود وإيداع السندات[414].

413- في الفصل الفصل 782 من ق.ل.ع الذي جاء فيه أنه:
" إذا سلم شخص لآخر على سبيل الوديعة أشياء مثلية أو سندات لحاملها أو أسهما صناعية، ولكن مع الإذن للمودع عنده في استعمالها على أن يرد مثلها قدرا ونوعا وصنفا، فإن العقد الذي ينشأ في هذه الحالة يخضع للقواعد الخاصة بعارية الاستهلاك "القرض".

414- وذلك في المواد من 509 إلى 518.

Scanné avec CamScanner

الفقرة الأولى: ماهية الوديعة

ستنصب دراستنا لهذه الفقرة على تحديد مفهوم الوديعة وإبراز خصائصها الأساسية وتمييزها عن بعض العقود المشابهة، وذلك تباعا على النحو التالي:

أولا: تعريف عقد الوديعة وخصائصه

1- تعريف عقد الوديعة

الوديعة حسب الفصل 781 من قانون الالتزامات والعقود "عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئا منقولا إلى شخص آخر يلتزم بحفظه ويرده بعينه" وهو تعريف نرى أن المشرع صاغه على نحو يبرز معه التسليم كعنصر أساسي لانعقاد العقد، ومحل العقد الذي يكون أشياء منقولة والتزام المودع عنده بحفظ هذه الأخيرة وبردها بعينها، كما يكشف عن أنها في الأصل من عقود التبرع لا من عقود المعاوضة.

وفي هذا الشأن، يختلف قانون الالتزامات والعقود حسب قراءتنا للمقتضيات المنظمة لعقد الوديعة، عن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، التي عملت على التعريف بالشيء المودع أو بالأحرى تحديده ولم تعرف عقد الوديعة بصفة عامة، ذاهبة في المادة 995 منها إلى أن: "الوديعة شيء منقول يتسلمه شخص من شخص آخر بمقتضى عقد ليحفظه ويرده بعينه" وعن القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الذي جعل عقد الوديعة، انطلاقا من المادة 718 عقدا رضائيا لا عينيا، لا سيما وأنه نص على التسليم كأحد التزامات المودع عنده، وليس كركن أساسي لانعقاده، بقوله:
"الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا" وكذا عن القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، الذي أبا إلا أن يؤكد على انتماء عقد الوديعة إلى

عقود الأمانة، تلك العقود التي تنبني على الاعتبار الشخصي، حيث بعد أن نص في المادة 950 منه على ما يلي:

"1- الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن صاحبه حقيقة أو حكما لا على وجه التمليك، وهي إما أن تكون بعقد استحفاظ كالوديعة أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألقت الريح في دار شخص مال أحد.

2- والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أو لا، وإنما يضمنها إذا هلكت بصنعه أو بتعد أو بتقصير منه" قال في المادة 951:

" الإيداع عقد به يجعل المالك أومن يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا يتم إلا بالقبض".

2- خصائص عقد الوديعة

يتسم عقد الوديعة في إطار قانون الالتزامات والعقود المغربي بمجموعة من الخصائص، أبرزها في نظرنا أنه عقد عيني، إذ زيادة على تراضي طرفيه واتفاقهما على إنشائه وكذا على سائر العناصر التي يعتبرانها جوهرية فيه، لا بد لانعقاده من تسليم الشيء إلى المودع عنده عملا بالفصل 787 الذي يفيد بأنه:

" تتم الوديعة برضى المتعاقدين وبتسليم الشيء المودع.
يحصل التسليم بمجرد التراضي إذا كان الشيء موجودا من قبل بصفة أخرى بيد المودع عنده".

وعقد الوديعة يشبه الوكالة من جهة أنه في الأصل من عقود التبرع- ونقصد عقود التفضل لا الهبات- إلا أن المودع عنده يستحق أجرا، إذا كان قد اشترطه صراحة، أو إذا ظهر من ظروف الحال وعرف المكان أن المتعاقدين قصدا ضمنا منحة أجرا معينا، وتكون هناك قرينة قانونية متى كان من عادته تسلم الودائع بأجر[415] إذ حينها

415- تبعا لما ينص عليه الفصل 790 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

تندرج الوديعة ضمن عقود المعاوضة؛ كما تكون من العقود الملزمة لجانب واحد، طالما أنها غير مأجورة، وبالتالي لا تقع على عاتق المودع أي التزامات، على عكس المودع عنده، الذي يجب عليه أن يلتزم بحفظ الشيء المودع وبرده بعينه، وهذا يعني أنها عقد غير لازم بالنسبة للطرف الأول، خاصة وأنه يحق له أن يطلب في أي وقت رد الشيء المودع ولو كان الاتفاق قد حدد أجلا معينا لرده، ما لم يكن الأجل مقررا لمصلحة المودع عنده[416] أما إذا كانت مأجورة، فإنه يدفع لهذا الأخير، الأجر المتفق عليه، ومصروفات الحفظ والتعويض عند الاقتضاء[417].

وما دامت شخصية المودع عنده محل اعتبار أساسي في التعاقد خاصة وأنه المؤمن على أشياء المودع، فإنه يمكننا القول إن الوديعة عقد يرتكز على الاعتبار الشخصي، ولعل من بين المقتضيات التي تبرز ذلك، أنه لا يحق للمودع عنده أن ينيب عنه غيره في القيام بالتزامه في حفظ الوديعة، إلا في حالة الإذن الصريح الممنوح له من قبل المودع، أو في حالة الضرورة العاجلة، وأن العقد ينقضي بوفاته هو وليس بوفاة المودع[418].

ثانيا: تمييز عقد الوديعة عن بعض العقود المشابهة

على الرغم من التقاء عقد الوديعة مع مجموعة من العقود في العديد من النواحي، إلا أنه يستقل بخصائص تجعله يتميز عنها، كما هو الأمر بالنسبة للعارية والحراسة:

416- الشيء الذي ورد ذكره في الفقرة 2 من الفصل 794 من نفس القانون.
417- حسبما يتضح من الفصل 814 منه.
418- أنظر الفقرة 1 من الفصل 792 والفصل 800 منه.

1- تمييز عقد الوديعة عن عقد العارية

يتفق عقد الوديعة مع عقد العارية في أن كلا منهما ينضوي تحت صنف العقود العينية التي مناطها تسليم أحد الأشخاص شيئا إلى الغير، بيد أنه يختلف عنه في أن المودع كقاعدة عامة يتسلم الشيء لحفظه دون أن يستعمله[419] مما يجعل من الالتزام بالحفظ، جوهر العقد وغرضه الرئيسي.

أما في عقد عارية الاستعمال، الذي من أسسه أن يكون على وجه التبرع، فإن المستعير يتسلم شيئا منقولا أو عقاريا لكي يستعمله خلال أجل معين أو في غرض محدد على أن يرده بعينه، ويمكنه أن يستعمله بنفسه أو يعيره بدوره لأحد من الغير، ما لم تكن العارية قد تمت بالنظر إلى شخص المستعير أو لغرض محدد بالذات، كذلك إذا اتفق على أجل معين لرد الشيء، فإن المستعير لا يجبر على هذا الرد قبل انتهاء الأجل المذكور.

وذلك على عكس عقد عارية الاستهلاك أو القرض، الذي بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو

419- وفي هذا الصدد، ينص المشرع في الفصل 793 على أنه:
"إذا استعمل المودع عنده الوديعة أو تصرف فيها وذلك بدون إذن من المودع كما إذا أعارها، أو كما إذا كانت الوديعة دابة فركبها، فإنه يضمن هلاكها أو تعييبها ولو حصل نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي. وهو يضمن أيضا القوة القاهرة والحادث الفجائي، إذا اتجر في الشيء المودع. ولكنه يستحق حينئذ الربح الذي يستخلصه من هذا الشيء. وإذا لم يستعمل المودع عنده أو لم يتصرف إلا في جزء من الوديعة، فلا يسأل إلا عن هذا الجزء".
ويفضي مفهوم المخالفة إلى القول إنه يمكن للمودع عنده استعمال الشيء المودع شريطة أن يأذن له المودع بذلك، كذلك إذا سلم المودع للمودع عنده نقودا أو أوراقا بنكية أو غيرها من السندات التي تؤدي وظيفة النقود على سبيل الوديعة المفتوحة من غير أن يضعها في ظرف مغلق أو ما شابهه، افترض أن المودع أذن للمودع عنده في استعمال الوديعة ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، وفي هذه الحالة يتحمل المودع عنده هلاكها.

أشياء منقولة أخرى لاستعمالها بشرط أن يرد المستعير عند انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع والصفة، إذ يرد على الأشياء المنقولة كالحيوانات والملابس والأثاث، والأشياء التي تستهلك بالاستعمال كالأطعمة والنقود، وينقل ملكيتها إلى المقترض ابتداء من الوقت الذي يبرم فيه العقد بتراضي طرفيه ولو قبل التسليم ولا يجوز إلزام هذا الأخير على الرد قبل حلول الأجل المحدد بموجب العقد أو العرف، بل يسوغ له رد الأشياء المقترضة قبل ذلك، ما لم يتناف هذا مع مصلحة المقرض[420].

2- تمييز عقد الوديعة عن الحراسة

لقد اعتبر المشرع المغربي الحراسة نوعا من الوديعة وأخضعها لأحكام الوديعة الاختيارية مع تفردها ببعض المقتضيات الخاصة بها:

فإذا كانت الوديعة عقد يبرم بالاتفاق فيما بين المودع والمودع عنده بحيث يسلم الأول للثاني بالضرورة شيئا منقولا، ليؤدي دوره الذي ينحصر في حفظ هذا الشيء ورده بعينه، وأنها من حيث المبدأ غير مأجورة، وأنه يمكن للمودع عنده ردها في أي وقت شاء إذا لم يحدد أجل لذلك مع مراعاة مصلحة المودع، وأنه ينبغي أن يحصل الرد لهذا الأخير أو لمن تم الإيداع باسمه أو لمن عينه العقد لذلك؛ فإن الحراسة هي إيداع الشيء المتنازع عليه – سواء كان منقولا أو عقارا – بين يدي أحد من الغير يتفق عليه الأطراف، أو يؤمر به من قبل المحكمة والذي يجوز أن يقوم بمهامه في مقابل أجر.

تلك المهام التي يمكن إجمالها في أن الحارس يتولى حفظ الشيء وإدارته، باعتبار أن الحراسة وديعة مقترنة بتوكيل الحارس في إدارة المال الموضوع تحت الحراسة، على نحو يجعله يدر كل الثمار التي كان في إمكانه أن يدرها لكن، لا يحق له أن يقوم بأي عمل من أعمال

420- أنظر الفصول من 830 إلى 840 ومن 856 إلى 866 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

التفويت، إلا ما كان منها ضروريا بالنسبة لهذا الشيء، الذي عليه أن يرده بدون أجل لمن يعينه الخصوم أو القضاء، تحت طائلة ضمان القوة القاهرة والحادث الفجائي إذا كان مماطلا أو طرأ هذا السبب الأجنبي بفعله أو خطئه، أو بفعل أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم، بل ويسأل عن كل خطأ يرتكب في إدارته متى كانت حراسته بعوض.

وعلاوة على ذلك، فإن الحارس يلزم بتقديم حساب دقيق عن كل ما تسلمه وأنفقه معززا إياه بالحجج التي تثبته؛ وإذا كانت الأشياء الخاضعة للحراسة معرضة للتعيب، جاز للقاضي أن يأذن ببيعها وفقا لإجراءات بيع الشيء المرهون وعندئذ تقع الحراسة على الثمن.

وبالنسبة للخصم الذي يرد إليه الشيء، يجب أن يدفع للمودع عنده سائر المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها بحسن نية وبدون إفراط وكذا الأجور المتفق عليها أو المحددة من قبل القاضي.

هذا عن الأحكام العامة للحراسة كما تناولها المشرع بين دفتي قانون الالتزامات والعقود – قانون الموضوع – أما في قانون المسطرة المدنية – قانون الشكل – فإن الحراسة القضائية تعتبر من أهم تطبيقات القضاء الاستعجالي بوصفها إجراء تحفظيا مستعجلا – يروم حماية حق متنازع عليه – لا يتم اللجوء إليه إلا بتوفر شروط، أهمها أن يكون هناك نزاع جدي بين المالكين أو الحائزين للشيء، وأن يقبل هذا الأخير الوضع تحت الحراسة، وأن تكون الحراسة الوسيلة الضرورية والمناسبة للحفاظ عليه.

وعلى هذا الأساس، فإن الحراسة ليست حجزا للمال ولا تحجيرا على المالك، وإنما إجراء قانوني لإدارته من قبل الحارس القضائي بصفة مؤقتة، لذا فلا أثر لها على ملكية المالك ولا على أهليته، بل كلما ثبت للقضاء أن ثمة خطرا يتهدد الحق، أمكنه الأمر بالحراسة، وبتعبير

آخر فإن قاضي المستعجلات هو من يقدر تحقق الخطر المبرر لإجراء الحراسة دون أن يخضع في ذلك لمراقبة محكمة النقض[421].

الفقرة الثانية: أركان عقد الوديعة و الآثار المترتبة على انعقاده

كما يبدو من عنوان هذه الفقرة، فإننا سنتطرق طيها من جهة لأركان انعقاد عقد الوديعة، ومن جهة أخرى للآثار القانونية المترتبة عليه.

أولا: أركان عقد الوديعة

لا يخرج عقد الوديعة على الأركان المتطلبة في سائر العقود أي أهلية للالتزام، وتعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام، وشيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام، وسبب مشروع للالتزام، ويزيد عليها ركن آخر هو التسليم اعتبارا لكونه من العقود العينية.

1- الرضى والأهلية في عقد الوديعة

يجب لانعقاد الوديعة توافق الإيجاب والقبول بين المودع والمودع عنده، ناهيك عن تسليم الشيء المودع بمجرد التراضي إذا كان موجودا من قبل بصفة أخرى بيد المودع عنده[422] وعموما، فإن القواعد العامة المقررة في نظرية العقد هي التي تسري نظرا لعدم وجود أحكام خاصة في هذا الشأن.

421- راجع:
- نورة عزلان الشنيوي، التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة: المسطرة المدنية في ضوء مشروع قانون فرعي صيغة 12 يناير 2016، الطبعة الأولى، سنة 2016 من ص 216 إلى 218.

422 – أنظر الفصل 787 من ق ل ع.

Scanné avec CamScanner

ويتطلب المشرع صراحة لإجراء وقبول الوديعة التوفر على أهلية الالتزام، أي كمال الأهلية في طرفي الوديعة معا، ومع ذلك ينبغي التمييز بينهما، إذ في بعض الحالات تكون الأهلية متوفرة لدى أحدهما دون الآخر:

فإذا كان المودع لديه دون المودع متمتعا بأهلية الالتزام وقبل الوديعة تحمل سائر الالتزامات الناشئة عنها، أما إذا حصل العكس، فإنه يحق للمودع أن يقيم دعوى استرداد الشيء المودع فيما لو كان موجودا في يده، وإذا خرج منها لم يكن له سوى رفع الدعوى المذكورة في حدود ما عاد على ناقص الأهلية من نفع طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

وعلاقة بالموضوع، يذهب أحد رجال الفقه القانوني، إلى أن المودع – ولو كانت الوديعة مأجورة – إنما يقوم بعمل من أعمال الإدارة، ومن ثم تكفي فيه أهلية الإدارة كما هو الأمر مثلا بالنسبة للصبي المميز المأذون له، حيث يمكنه إجراء الوديعة، على عكس الصبي المميز غير المأذون له، إذ لا تكون له الأهلية اللازمة لذلك وإلا كانت الوديعة قابلة للإبطال؛ أما المودع عنده، فيتطلب فيه أهلية التصرف، لأن الالتزام بالحفظ قد يجر عليه مسؤوليات ثقيلة[423].

2- المحل والسبب في عقد الوديعة

إن المحل في عقد الوديعة هو الشيء المودع الذي ينبغي أن يكون منقولا، وأن يستوفي الشروط العامة في المحل عموما، كذلك يجيز المشرع إيداع الأشياء المثلية والسندات والأسهم والنقود والأوراق البنكية وغيرها من السندات التي تؤدي وظيفة النقود، على أساس أن ترد بعينها، وهذا الأمر لا يمكن أن يتصور في اعتقادنا إلا إذا لم يأذن المودع للمودع عنده في استعمالها، بل إنه ينص صراحة على إيداع

423- أنظر في هذا السياق:
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء السابع. المجلد الأول: العقود الواردة على العمل: المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة. طبعة سنة 2004. ص 655 وص656.

Scanné avec CamScanner

العقار إلى جانب المنقول في الحراسة، التي هي نوع من الوديعة وإن كان هذا الأخير أحوج إلى الحفظ من العقار، هذا من جهة، من جهة أخرى، فإن صحة الوديعة فيما بين طرفيها ليست رهينة بأن يكون المودع مالكا للشيء المودع ولا حائزا له على وجه مشروع[424].

ومن هذا المنطلق، يمكن القول، إنه يجوز لنائب هذا الأخير وكذا لمن له حق التصرف في الانتفاع بالشيء - كالمستأجر مثلا - أن يقوم بإجراء الوديعة، وذلك بخلاف من لو أجراها من لا يملك الشيء أو من ليس له التصرف في الانتفاع به أومن حازه بطريقة غير مشروعة حيث لا تنفذ الوديعة في حق المالك.

أما السبب في الوديعة حسب النظرية التقليدية فيتمثل في التسليم لأن الوديعة عقد عيني، وهو طبقا للنظرية الحديثة الباعث الدافع إلى التعاقد.

وختاما لهذه الفقرة، لا تفوتنا الإشارة، إلى أن الأصل في الوديعة أن تكون عقدا مدنيا، ما لم تكن تابعة لعمل من الأعمال التجارية، فتعتبر عندئذ عقدا تجاريا كما لو أودع تاجر بضائعه في مخزن عام، إذ يكون العقد تجاريا من جانب كل من المودع والمودع عنده.

ثانيا: الآثار القانونية لعقد الوديعة

ينشئ عقد الوديعة آثارا قانونية تترتب في ذمة طرفيه أي المودع عنده والمودع، تناولها المشرع في الفصول من 791 إلى 815 من قانون الالتزامات والعقود، وارتأينا أن نتطرق إليها تباعا على الشكل التالي:

424- عملا بالفصل 786 من ق. ل. ع.

1- التزامات المودع عنده

انطلاقا من تعريف الوديعة بكونها عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئا منقولا إلى شخص آخر يلتزم بحفظه وبرده بعينه، يتضح جليا أن المودع عنده يتحمل التزامين أحدهما يتعلق بحفظ الوديعة، والآخر بردها بعينها، أما التسليم فيعتبر في قانون الالتزامات والعقود المغربي - وعلى خلاف القانون المدني المصري- ركنا من أركان انعقادها يتجسد في استيلاء المودع عنده على الشيء المودع بعد وضعه تحت تصرفه من قبل المودع في الزمان والمكان المتفق عليهما.

أ- التزام المودع عنده بحفظ الشيء المودع

إن الالتزام الأساسي الملقى على عاتق المودع عنده في عقد الوديعة، والغرض الجوهري للمتعاقدين من وراء إبرامه، هو حفظ الشيء المودع، باعتبار أن الوديعة تقع في مقدمة عقود الحفظ والأمانة[425] لذا، نجد المشرع قد كرس هذا المبدأ في إطار الفصل 791 بقوله:

425- ويجب ألا يغيب عن البال، أن هناك أيضا مقتضيات في القانون الجنائي ذات صلة بالموضوع ويتعلق الأمر بخيانة الأمانة، حيث ورد في الفصل 547 من الظهير الشريف رقم 1.59.413 الصادر بتاريخ 26 نونبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي كما تم تعديله وتتميمه -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر- ما يلي:

" من اختلس أو بدد بسوء نية، إضرارا بالمالك أو واضع اليد أو الحائز، أمتعة أو نقودا أو بضائع أو سندات أو وصولات أو أوراقا من أي نوع تتضمن أو تنشئ التزاما أو إبراء كانت سلمت إليه على أن يردها أو سلمت إليه لاستعمالها أو استخدامها لغرض معين، يعد خائنا للأمانة ويعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتي إلى ألفي درهم.

وإذا كان الضرر الناتج عن الجريمة قليل القيمة، كانت عقوبة الحبس من شهر إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى مائتين وخمسين درهما، مع عدم الإخلال بتطبيق الظروف المشددة المقررة في الفصلين 549 و 550".

وجاء في الفصل 550 من نفس القانون أنه:

Scanné avec CamScanner

"على المودع عنده أن يسهر على حفظ الوديعة بنفس العناية التي يبذلها في المحافظة على أموال نفسه مع استثناء ما هو مقرر في الفصل 708".

ويفيد الفصل المحال عليه بأن:
"المودع عنده يضمن الهلاك أو الضرر الناتج من أي سبب كان يمكنه التحرر منه:
أولا: عندما يأخذ عن حفظ الوديعة؛
ثانيا: عندما يتسلم الودائع بحكم مهنته أو وظيفته".

ويستشف من ذلك، أن التزام المودع عنده بحفظ الشيء المودع هو التزام ببذل عناية، بحيث تبرأ ذمته منه فيما لو بذل من العناية كل ما يبذله الشخص في المحافظة على أموال نفسه، ولو لم يتحقق فعلا الغرض المقصود، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك.

وبتعبير آخر، فإنه في الوديعة بلا أجر، وهي كما لا يخفى الأصل في قانون الالتزامات والعقود[426] يتعين على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ أموال نفسه فحسب دون أن يزيد على عنايته الشخصية، عناية الرجل المعتاد، أما إذا كانت مأجورة، فينبغي أن يبذل العناية المفترضة في هذا الأخير.

ويتعلق الالتزام بحفظ الشيء المودع بالمودع عنده شخصيا، وبالتالي لا يحق له أن ينيب عنه غيره في القيام به، إلا إذا أذن له صراحة من قبل المودع، أو طرأت ضرورة عاجلة أجبرته على أن

"إذا ارتكب خيانة الأمانة أحد الأشخاص الذين يحصلون من الجمهور على مبالغ أو قيم على سبيل الوديعة أو الوكالة أو الرهن، سواء بصفتهم الشخصية أو بصفتهم مديرين أو مسيرين أو عملاء لشركات أو مؤسسات تجارية وصناعية، فإن عقوبة الحبس المقررة في الفصل 547 ترفع إلى الضعف، كما يرفع الحد الأقصى للغرامة إلى مائة ألف درهم".

426- عملا بالفصل 790 منه.

يعهد بالشيء المودع إلا الغير، وفي مثل هذا الوضع لا يمكنه أن يدفع عنه مسؤولية تصرفه بدون إذن من المودع، إلا إذا أثبت أن الشيء المودع كان سيتعرض للهلاك لو بقي بين يديه، بل ويظل مسؤولا حتى لو سمح له المودع بأن ينيب عنه غيره في حفظه. إذا لم يحسن اختياره أو إذا أحسن اختياره بيد أنه أعطاه تعليمات كانت هي السبب في حصول الضرر، وفي هذه الحالة، تنشأ للمودع دعوى مباشرة في مواجهة نائب المودع عنده الأصلي، مع حفظ حقه في الرجوع على هذا الأخير من أجل جبر الضرر الذي أصابه والذي لا يمكن التعويض عنه إلا مرة واحدة كما هو معلوم[427].

ويتفرع عن التزام المودع عنده بحفظ الشيء المودع، التزام سلبي بعدم استعماله أو التصرف فيه، لأن الغرض الجوهري والرئيسي في عقد الوديعة هو حفظ الشيء المودع لا استعماله أو التصرف فيه سواء بصفة كلية أو جزئية، فإذا أخل بهذا الالتزام، وجب عليه أن يضمن هلاك الشيء المودع أو تعيبه ولو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، وأن يضمن أيضا القوة القاهرة والحادث الفجائي متى اتجر فيه مع استحقاقه للربح الذي عاد عليه منه.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن عناية المشرع الفرنسي بواجب الأمانة في حفظ الوديعة وعدم استعمالها، حذت به إلى أن ينص في المادة 1931 من قانونه المدني، على أنه لا يجوز للمودع عنده أن يكشف عن الوديعة ليعرف ما هي، إذا كانت قد سلمت إليه في صندوق مقفل أو

427– وإذا تعدد المودع عندهم، كانوا متضامنين فيما بينهم في الحقوق والالتزامات الناشئة عن الوديعة وفقا للقواعد المقررة للوكالة، ما لم يوجد شرط يقضي بخلاف ذلك، أما إذا تعدد المودعون، التزم كل منهم تجاه المودع عنده بنسبة مصلحته في الوديعة ما لم يشترط غير ذلك.

Scanné avec CamScanner

في ظرف مختوم[428] على عكس المشرع المغربي، الذي لم يتعرض لهذا المقتضى بنفس هذه الصياغة الصريحة والمباشرة، لكن يمكن استنتاجه في رأينا من مفهوم المخالفة للفصل 783 من ق.ل.ع؛ إذ اعتبر الوديعة مفتوحة، الأشياء الموضوعة في ظرف -أو ما شابهه- غير مغلق، حيث يفترض أن المودع أذن للمودع عنده في استعمالها.

ب- التزام المودع عنده برد الشيء المودع

في عقد الوديعة كما نظمه المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود، يجب على المودع عنده أن يرد الشيء المودع بعينه أي ذات الشيء، وإذا انتزع منه بقوة قاهرة وأخذ عوضا عنه مبلغا من النقود مثلا، التزم برد ما أخذ[429] وإذا فوته وارثه بحسن نية على سبيل المعاوضة أو التبرع، كان للمودع أن يسترده من بين يدي المفوت إليه، وأن يرجع بقيمته على الوارث المفوت.

كذلك يلتزم برد توابعه التي سلمت له معه في الحالة التي هو عليها، وكذا الثمار التي أدرها خلال حيازته له.

ويقع رد الشيء عادة في مكان إبرام العقد، أو في أي مكان يتفق عليه الأطراف في العقد، إذ في هذه الحالة يلتزم المودع عنده برد الوديعة فيه على أن يتحمل المودع مصروفات نقلها وتسليمها إليها مراعاة للمودع عنده من تحمل عبئها إلى جانب تحمل عبء حفظ الشيء المودع، ما لم يتفق على خلاف ذلك، هذا التسليم الذي يكون إما شخصيا، نظرا لأن المودع هو الدائن بالرد – ولو ادعى أحد من الغير

---

428 – Article 1931: Il ne doit point chercher à connaitre quelles sont les choses qui lui ont été deposes, si ells lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe chachetée.

429– كما لو أمن على الشيء المودع عنده من الحريق، فاحترق وتقاضى مبلغ التأمين، إذ يجب عليه أن يرد هذا المبلغ للمودع.

حقا عليه-[430] أو لمن حصل الإيداع باسمه، أو عينه العقد لمثل هذا الغرض، دون أن يكون أي واحد من هؤلاء مضطرا لإثبات ملكيته للشيء المودع، بل يكفي أن يثبت هذا العقد.

كذلك، إذا طرا تغيير على أهلية المودع وعلى حالته الشخصية بعد إجراء الوديعة، بأن يصبح ناقص الأهلية أو توفي، فإن الرد وقتئذ يكون لنائبه القانوني أو لوارثه[431] وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على ضرورة تنفيذ المودع عنده لالتزامه برد الشيء المودع إلى المودع، غير أن هذا لا يعني أنه بإمكانه، ودون أن تضطره إلى ذلك مبررات مشروعة، أن يجبر هذا الأخير على استرداده قبل حلول الأجل المتفق عليه، لكن في المقابل يتعين عليه أن يرده بمجرد أن يطلب من المودع ذلك ولو كان الاتفاق قد حدد أجلا معينا لرد الشيء المودع، وإلا اعتبر مماطلا وتحمل مسؤولية تأخره في القيام به.

هذا عن رد الوديعة المقترن بأجل معين، أما إذا لم يحدد له أجل، أمكن للمودع عنده أن يرد الشيء المودع في أي وقت شاء، على أساس أن يكون مناسبا للمودع عنده بحيث يسمح له باسترداد وديعته أو اتخاذ الإجراءات اللازمة حسب الأحوال، كما يجوز له أن يلجأ إلى بعض الوسائل القانونية المقررة ضمن القواعد العامة لضمان تنفيذ المودع لالتزاماته، لاسيما إذا كانت الوديعة مأجورة، كالدفع بعدم التنفيذ لأن هناك التزامات متقابلة في ذمة الطرفين، وحق حبس المال، غير أنه

430- لكن قد يتم إيداع الشيء بمحل الأمانات لحساب من يستحقه قانونيا عند نشوء نزاع بشأنه -كأن يحجز أو ترفع بشأنه دعوى الاستحقاق - واستمر إلى ما بعد حلول أجل رده.

431- وعند تعدد الورثة يرد الشيء المودع بمقدار نصيب كل واحد منهم فيما لو كان هذا الأخير قابلا للتجزئة، وإلا وجب على هؤلاء الاتفاق فيما بينهم على تسلمه، وإذا لم يحصل هذا الاتفاق أمكن للمودع عنده أن يبرئ ذمته بإيداعه في المحل المخصص للأمانات، إما تلقائيا أو بأمر من المحكمة.

Scanné avec CamScanner

لا يحق للمودع عنده حبس الوديعة إلا من أجل المصروفات الضرورية التي أنفقها في حفظها، وليس له حق حبسها ضمانا لأي دين آخر[432].

وبدوره، لا تبرأ ذمة المودع عنده إلا بعد تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الوديعة، ومنها الالتزام برد الشيء المودع الذي يختلف عن الالتزام بالحفظ بكونه التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يسأل عن عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة وعن هلاك الشيء أو تعييبه الحاصل بفعله أو إهماله. دون ذلك الناتج عن فعل الطبيعة أو عن عيب في الشيء المودع نفسه، كما لا يسأل عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي إلا إذا تسببت بخطئه أو خطأ الأشخاص الذين يسأ عنهم، أو كان مماطلا في رد الوديعة، حيث يلقى عليه عبء إثباتها –أي القوة القاهرة– أو وجود العيب في الشيء المودع متى تسلمه بحكم مهنته أو وظيفته، أو كانت الوديعة مأجورة.

2 – التزامات المودع

لئن كان الأصل في الوديعة أنها غير مأجورة، وأن الالتزامات المترتبة عنها تقع في ذمة المودع عنده، فإن المشرع لم يخص إلا فصلين لالتزامات المودع– ويتعلق الأمر بالفصلين 814 و815 من قانون الالتزامات والعقود– والتي تتمثل في الالتزام بدفع الأجر عند الاقتضاء والمصروفات التي أنفقها المودع عنده في حفظ الوديعة والتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الوديعة.

فقد يتفق المودع والمودع عنده على الأجر صراحة أو ضمنا وفي هذه الحالة الأخيرة يستخلص من حرفة المودع عنده، وإذا لم يتم تعيين مقداره فإنه يترك للعرف أو لتقدير المحكمة، حيث يجب أداؤه في الأجل والمكان المتفق عليه إما دفعة واحدة أو على أقساط في مواعيد معينة وإذا انقضى عقد الوديعة قبل الأجل المحدد له، لم يستحق المودع عنده

432– أنظر الفصلان 235 و 291 من ق.ل.ع.

الأجر المتفق عليه إلا بنسبة الوقت الذي بقي الشيء خلاله في حفظه ما لم يتفق على غير ذلك[433].

كما يرجع المودع عنده على المودع بسائر المصروفات الضرورية الناشئة عن عقد الوديعة التي أنفقها في حفظ الشيء، أما المصروفات النافعة فلا يلتزم بدفعها إلا وفقا للأحكام المقررة للفضالة.

وعلى المودع أن يعوض المودع عنده عن الأضرار التي لحقته بسبب الوديعة، أي تلك التي يكون الشيء المودع قد سببها له دون الأضرار الناشئة عن خطأ المودع عنده أو عن إهماله كأن يكون المودع قد أخطره بصفة قانونية بها ولم يتخذ مع ذلك ما يجب من احتياطات لدرئها.

الفقرة الثالثة: انقضاء عقد الوديعة

تنقضي الوديعة عموما بانتهاء الأجل ورجوع أحد المتعاقدين عنها قبل انتهاء أجلها ثم بوفاة المودع عنده.

وعليه، تنقضي الوديعة بانقضاء الأجل إذا اتفق المودع عنده والمودع صراحة أو ضمنا على أجل معين، وإلا وجب وضع حد لها باللجوء إلى القضاء لتعيين أجل تنتهي فيه؛ كما يجوز للمودع أن يطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل، مثلما يحق للمودع عنده أن يرد الوديعة قبل انتهاء الأجل إذا كانت لديه أسباب مشروعة يتعذر عليه معها الاستمرار في حفظ الوديعة شريطة أن يتعلق الأمر بوديعة غير مأجورة؛ وتنقضي الوديعة كذلك بوفاة المودع عنده -ما لم يتفق على خلافه- دون المودع، حيث تكون الوديعة أمانة في يد ورثته ويجب عليهم ردها لمالكها أو لمن ينوب عنه قانونا، أما إذا تصرفوا فيها بحسن نية على سبيل المعاوضة أو التبرع ظنا منهم أنها من عناصر التركة كان للمودع استردادها من بين يدي المفوت إليه ما لم يفضل الرجوع

433- أنظر الفصل 816 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

بقيمتها على الوارث المفوت؛ وعند وفاة المودع، لا تـرد الوديعـة إلا لوارثه أو لمن ينوب عنه قانونا، وإذا تعدد الورثة، كان للمودع عنـده الخيار بين أن يرفع الأمر إلى القاضي، أو أن يبرئ ذمته من الوديعـة بإيداعها في المحل المخصص للأمانات تلقائيا أو بأمر من القاضي.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثاني
عقد الوكالة

تعرف الوكالة شيوعا كبيرا في العمل اعتبارا للوظيفة التي تؤديها، إذ تشكل وسيلة لسد عدم كفاية المرء لتدبير بعض أمور نفسه أو لعدم خبرته بتصرفات معينة، أو أحيانا لاضطراره إلى توكيل غيره في مباشرة شؤونه نيابة عنه؛ وتصدق على الوكالة من هذا المنظور، مقولة "إن ما لا يستطيع المرء القيام به بنفسه ينيطه بغيره".

وهكذا، فإن مناط الوكالة أن يجري الوكيل لحساب الموكل عملا مشروعا، مع انصراف أثره إلى ذمة هذا الأخير، على أنه ليس من الضروري أن تكون الوكالة على هذا النحو، أي نيابية، وإنما يمكن أن تكون غير كذلك، إذا عمل الوكيل باسمه الشخصي، لكن في كلتا الحالتين يعمل الوكيل لحساب الموكل.

ومن هذا المنطلق، يمكن التمييز بين الوكالة والنيابة، فالأولى عقد، أما الثانية فهي سلطة قانونية لتمثيل شخص معين في إجراء تصرف ما وتستمد مصدرها من عقد الوكالة.

هذا، وقد نظم المشرع المغربي الوكالة كأحد العقود المدنية في الفصول من 879 إلى 942 من قانون الالتزامات والعقود، وتناول في الفصول من 943 إلى 958 الفضالة بوصفها نموذجا لأشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة، قوامه أن يباشر الفضولي باختياره أو بحكم الضرورة شؤون أحد من الغير في غيابه أو بدون علمه أو ترخيص منه أو من القضاء في ذلك، حيث تقوم في هذه الحالة علاقة قانونية مماثلة لتلك الناشئة عن الوكالة، وتخضع للأحكام الواردة في الفصول من 944 إلى 958 من نفس القانون.

وهي من ثم تندرج في "منظومة الوكالات" على حد تعبيرنا وتشكل الأرضية الأساسية والإطار العام لها، وتنضاف إليها كل من

وكالة التقاضي، التي خصها المشرع بمقتضيات في إطار قانون المسطرة المدنية[434] والوكالة التجارية والوكالة بالعمولة كعقدين تجاريين أوردهما المشرع في الكتاب الرابع من مدونة التجارة، علما أنه بالنسبة لهذه الأخيرة- الوكالة بالعمولة- أحال صراحة على تطبيق المقتضيات المتعلقة بالوكالة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، زيادة على تلك الخاصة بها المقررة في مدونة التجارة[435] كما أحال أكثر من مرة فيما يتعلق بالحراسة على هذه المقتضيات[436] وكذا الوكالة في الزواج التي أفرد لها مقتضيات بين دفتي مدونة الأسرة[437].

434- حيث لا تنحصر الصفة لممارسة الدعوى في صاحب الحق وحده، بل لوكيله أيضا الصفة لتمثيله أمام القضاء، سواء كان ذلك استنادا إلى نيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية، مع مراعاة الحالات التي يتطلب فيها القانون ضرورة مثول المعني بالأمر شخصيا بين يدي العدالة، وكذا الصلاحيات المخولة للنائب والتي يتدخل في رسم حدودها إما القانون أو القضاء أو الاتفاق.
كذلك لم يفت المشرع أن يبين في إطار قانون المسطرة المدنية -لاسيما في الفصول من 33 إلى 35 منه- حكم الأشخاص الذين لا يتمتعون بحق تمثيل الأطراف أمام القضاء، وأولئك الذين لا تصح وكالتهم، ذاهبا بالنسبة للفئة الأولى إلى أنه لا يجوز لمن لا يتمتع بحق تمثيل الغير أمام القضاء، أن ينوب عنه إلا بشروط منها وجود علاقة زواج أو قرابة أو مصاهرة تربطه به، وإثبات نيابته بسند رسمي أو عرفي مصادق على صحة توقيعه بصفة قانونية، أو بتصريح شفوي يدلي به الطرف شخصيا أمام المحكمة ومؤكدا بالنسبة للثانية، أنه لا تصح الوكالة من المحروم من حق أداء الشهادة أمام القضاء، والوكيل المحروم من تمثيل الأطراف من جراء جزاء تأديبي، والعدول والموثقون المعزولون وغيرهم.
435- أنظر الفقرة 2 من المادة 422 من مدونة التجارة.
436- أنظر الفصلان 826 و 827 من ق.ل.ع.
437- لقد أدرج المشرع المقتضيات المتعلقة بالوكالة في إبرام عقد الزواج، في معرض حديثه عن إبرام عقد الزواج عموما، وإبرام عقود زواج المغاربة المقيمين في الخارج على وجه الخصوص، وذلك في المواد من 14 إلى 18 من مدونة الأسرة، التي يستشف منها أنه يمكن التوكيل على إبرام عقد الزواج بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج بالشروط الآتية:
1- وجود ظروف خاصة لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه؛

الفقرة الأولى: ماهية الوكالة وأنواعها

سنعمل من خلال هذه الفقرة على إعطاء فكرة عامة عن الوكالة منطلقين من تعريفها وإبراز خصائصها، وتبيان أنواعها، وذلك تباعا على الشكل التالي:

أولا: تعريف وخصائص عقد الوكالة

1- تعريف عقد الوكالة

الوكالة حسب الفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود: "عقد بمقتضاه يوكل شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه.

ويسوغ إعطاء الوكالة أيضا لمصلحة الموكل والوكيل أو لمصلحة الموكل والغير، بل ولمصلحة الغير وحده".

وهي تبعا للمادة 699 من القانون المدني المصري: "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل" كما أنها وفقا للمادة 927 من القانون المدني العراقي: "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم".

2- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الموكل فيها؛

3- أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية؛

4- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته والمعلومات المتعلقة بهويته وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها؛

5- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل، وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد وتلك التي يقبلها من الطرف الآخر؛

6- أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة، غير أنه ليس له أن يتولى بنفسه تزويج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله أو فروعه.

ومما يلفت النظر في هذا التعريف أن المشرع، استعمل عبارة العمل المشروع للدلالة على التصرف القانوني الذي يشكل عادة محل عقد الوكالة، وألمح ضمنيا إلى مجانيتها عبر عدم ذكره للأجر.

2- خصائص عقد الوكالة

الأصل في الوكالة أنها عقد رضائي يتم بتوافق إرادتي الموكل والوكيل وتراضيهما صراحة أو ضمنا، باستثناء الحالات التي يتطلب فيها المشرع قبولا صريحا أو شكلا خاصا، إذ يتوقف عندئذ انعقاد العقد على استيفاء هذا الأخير، وأنها بلا أجر اللهم إذا كلف الوكيل بالقيام بعمل هو من صميم حرفته أو مهنته، أو أجريت بين التجار فيما يخص المعاملات التجارية، أو استقر العرف على إعطاء أجر عن الأعمال محل الوكالة، حيث لا تفترض مجانيتها؛ وأنها عقد قد يكون ملزما للجانبين أو لجانب واحد تبعا لما إذا كانت مأجورة أو غير مأجورة ولم ينفق الوكيل مصروفات ولم يلحقه ضرر من جرائها يستحق عنه التعويض.

ومثل عقد الوكالة مثل الوديعة والحراسة، هو عقد يرد على العمل، ويرتكز على الاعتبار الشخصي وما يترتب عليه من نتائج كانقضائه بوفاة الموكل والوكيل، هذا فضلا عن أنه يدخل في عداد العقود غير اللازمة، الشيء الذي يفسر جواز عزل الموكل للوكيل وتنازل هذا الأخير عن الوكالة قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة بل وقبل البدء فيه.

ولا تخفى أهمية هذه الخصائص الأساسية في عقد الوكالة، إذ من شأنها أن تسمح بتمييزه عن العقود المشابهة له، من ذلك مثلا الفضالة التي تتميز بكون رب العمل لم يختر الفضولي ولم يعهد إليه بالقيام بالعمل، إلا أنه إذا أقر رب العمل صراحة أو دلالة ما قام به الفضولي من عمل، خضعت الحقوق والالتزامات الناشئة بين الطرفين لأحكام الوكالة ابتداء من مباشرته، وابتداء من وقت حصوله بالنسبة للغير

Scanné avec CamScanner

والوديعة التي هي عقد عيني محله أشياء منقولة يقوم المودع عنده بحفظها وردها بعينها؛ والحراسة التي أحال المشرع في بعض المقتضيات الخاصة بها على الوكالة حيث اعتبر الحارس المأجور في حكم الوكيل وحمله المسؤولية عن كل خطأ يرتكبه في إدارة الشيء الموضوع تحت الحراسة، كما اعتبر الحراس عند تعددهم متضامنين بقوة القانون في حالات معينة كالوكلاء في عقد الوكالة والمقاولة، لأن كلا منهما يرد على العمل، إلا أنهما يختلفان من عدة نواح من ذلك أن العمل في الأول يكون عبارة عن تصرف قانوني يقوم به الوكيل بدون أجر مبدئيا وينتهي بوفاة الموكل أو الوكيل، في حين أن العمل في المقاولة عمل مادي يناط بالمقاول في مقابل أجر ولا ينتهي بوفاة رب العمل أو المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد.

ثانيا: أنواع الوكالة:

تنقسم الوكالة من ناحية التصرف القانوني الذي يكون محلا لها وبالنظر إلى مدى الحرية المتروكة للوكيل في تنفيذه بموجب الاتفاق إلى وكالة خاصة وأخرى عامة.

فالوكالة الخاصة تمنح من أجل إجراء عمل أو عدة أعمال، وتكون فيها صلاحيات الوكيل خاصة أي مقيدة في إطار الأعمال المحددة بمقتضاها، غير أنها تشمل أيضا توابعها الضرورية وفقا لطبيعتها وللعرف المحلي الجاري به العمل.

وهي تصح في المعاوضات، حتى ولو لم يتم تحديد المحل الذي يقع عليه التصرف، فتكون عندئذ خاصة في نوع التصرف وعامة في

Scanné avec CamScanner

محله[438] على عكس الأمر في التبرعات، إذ لا بد أن تكون الوكالة خاصة في نوع التصرف ومحله[439].

وتعتبر وكالة خاصة في منطوق الفصل 892 من قانون الالتزامات والعقود وتخضع لأحكامه، وكالة التقاضي، ومن ثم فإنها لا تخول للوكيل سوى صلاحية التصرف بالنسبة للأعمال التي تعينها، ولا يمكن أن تشمل قبض الدين أو الاعتراف به أو إجراء الإقرار أو الصلح، ما لم يصرح الموكل بمنحها للوكيل.

أما الوكالة العامة، فيراد بها الوكالة التي ترد في ألفاظ عامة لا يظهر منها تعيين الموكل لمحل التصرف القانوني المعهود به للوكيل ولا نوعه، لأنها تمنح الوكيل صلاحيات عامة غير مقيدة في عمل معين، وذلك من أجل إدارة كل مصالح الموكل وفقا لطبيعة المعاملة وعرف التجارة، وتجيز له على وجه الخصوص دفع ديونه وقبض ما هو مستحق له، واتخاذ الإجراءات التحفظية ورفع دعاوى الحيازة والدعاوى على المدينين وكذلك التعاقد الذي تنشأ عنه التزامات يتحملها الموكل، لكن كل ذلك في الحدود التي يتطلبها تنفيذ الأعمال المكلف بإنجازها.

والجدير بالذكر، أنه في الوكالة العامة تكون للوكيل صلاحية القيام بجميع أعمال الإدارة، لكن بإذن صريح من الموكل يجوز له إجراء التصرفات المنصوص عليها في الفصل 894 وتتمثل في توجيه اليمين الحاسمة، وإجراء الإقرار القضائي، والدفاع في جوهر الدعوى أمام القضاء، وقبول التحكيم وإجراء الصلح، والإبراء من الدين وتفويت عقار أو حق عقاري وإنشاء الرهن الحيازي أو الرسمي وشطبه أو التنازل عن الضمان ما لم يكن ذلك في مقابل الوفاء بالدين وإجراء

---

438 – كأن يعهد الموكل للوكيل بالبيع بوجه عام، حيث تكون له الصفة في بيع أي مال للموكل لكن لا يجوز له أن يجري أي تصرف آخر غير البيع.

439 – لا يكفي أن يوكل شخص غيره في الهبة مثلا بل ينبغي أن يعين المال الذي وكله في هبته.

التبرعات وشراء أو تفويت الأصل التجاري أو تصفيته والتعاقد على إنشاء شركة أو شياع ما عدا الحالات التي يستثنيها القانون صراحة.

الفقرة الثانية : إبرام عقد الوكالة

يقوم عقد الوكالة على نفس الأركان اللازمة في العقود كما أوردها المشرع في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود بالإضافة إلى الشكل متى كان التصرف محله هو تصرف شكلي، على خلاف الأصل ألا وهو الرضائية.

والوكالة تعطى عادة لمصلحة الموكل، لكن يسوغ إعطاؤها أيضا لمصلحة كل من الموكل والوكيل[440] أو لمصلحة الموكل والغير[441] بل لمصلحة الغير وحده[442].

أولا : الرضى والأهلية في عقد الوكالة

يجب لانعقاد الوكالة توافق إيجاب وقبول طرفيها وتراضيهما على ماهية العقد وعلى التصرف أو التصرفات القانونية المطلوب إجراؤها وكذا على أجر الوكيل متى كانت الوكالة مأجورة[443] والتعبير عن إرادتيهما إما صراحة أو ضمنا[444] وقبل الشروع في تنفيذ التصرف القانوني المنوط بالوكيل:

440- كما لو وكل شخص دائنه في بيع مال له ليتقاضى حقه من ثمنه.

441- كما لو وكل شخص شخصا آخر في بيع مال له ليسدد من ثمنه دينا في ذمته للغير.

442- ويتحقق ذلك في الحالة التي يقوم فيها فضولي مثلا بإدارة عمل للغير ويوكل شخصا آخر عنه في إدارته.

443- على أنه يجوز عدم الاتفاق على الأجر، ومع ذلك يفهم من الظروف وخاصة من مهنة الوكيل أن الوكالة مأجورة.

444- قد يحصل ألا يعبر الموكل عن رضاه، وينصرف إليه أثر التصرف الذي أجراه الوكيل كما في الوكالة الظاهرة.

Scanné avec CamScanner

قد يكون رضى الموكل صريحا أو ضمنيا[445] ما عدا في الحالات التي يتطلب فيها القانون شكلا خاصا، كما قد يكون قبول الوكيل ضمنيا بحيث يستنتج من تنفيذه لما وكل فيه، ما لم يفرض القانون استثناء قبولا صريحا[446].

هذا عن وجود الرضى، أما صحته فتفترض صدوره من ذي أهلية وخلوه من العيوب التي يمكن أن تشوبه، من غلط وتدليس وإكراه وغبن.

فلما كان منطق الوكالة يقتضي أن ينصرف أثر العمل القانوني الذي يبرمه الوكيل إلى ذمة الموكل مباشرة، وجب لصحتها أن يكون هذا الأخير وقت الوكالة متمتعا بالأهلية الكاملة اللازمة لأن يقوم بنفسه بالعمل محل الوكالة، أما الوكيل فتكفي فيه أهلية التمييز فحسب، وهو ما عبر عنه المشرع المغربي في الفصل 880 من قانون الالتزامات والعقود قائلا:

"يلزم لصحة الوكالة، أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها. ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز وبقواه العقلية، ولو لم تكن له صلاحية إجراء

445- ويتصور رضى الموكل الضمني إذا كانت صلة الموكل بالوكيل تسمح باستخلاص الوكالة الضمنية من جانب الموكل، ومع ذلك أبى المشرع إلا أن ينص في الفصل 884 من قانون الالتزامات والعقود على أنه:
"لا يفترض في الخدم (عمال المنازل) أنهم موكلون في شراء الحاجيات الضرورية لمنازل مخدوميهم بالسلف، ما لم يثبت أن من عادة المخدوم الشراء بالسلف".

446- إذا حصل الإيجاب بالوكالة لشخص يمتهن القيام بالخدمات التي تتضمنها اعتبر قابلا الإيجاب ما لم يخطر الموجب برفضه فور تسلمه، ووجب عليه رغم رفضه الإيجاب اتخاذ الإجراءات العاجلة لحماية مصالح الموجب على نفقة هذا الأخير إلى أن يتمكن من رعاية أموره بنفسه، وإن كان الأمر يتعلق بسلع وكان في التأخير خطر عليها لزمه بعد إثبات حالتها العمل على بيعها بواسطة القضاء كذلك، إذا حصل له الإيجاب بواسطة رسالة أو برقية أو رسول، اعتبرت الوكالة منعقدة من جهته في محل إقامته إذا قبل الإيجاب بدون شرط أو تحفظ.

التصرف في حق نفسه. فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه"[447].

فالعلة إذن في اشتراط الأهلية لإجراء التصرف القانوني محل الوكالة في الموكل، أن أثره ينصرف إليه نظرا لأن العمل يتم باسمه دون الوكيل الذي يتطلب فيه التمييز، غير أن هذا لا يعني إبعاده عن العقد، بل هو طرف فيه[448] وبالتالي إذا أبطل – في العلاقة بين الموكل والوكيل– فإنه يكون مسؤولا عن التزاماته في حدود الإثراء بلا سبب أما الغير، الذي تعامل معه فلا يجوز له التمسك بإبطال العقد، لأن هذا الجزاء يتقرر لمصلحة القاصر.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإننا نتساءل عما إذا كان مثل هذا المقتضى الذي ليس حكرا على التشريع المغربي وحده، ما يزال

447- وفي نفس المعنى ورد في المادة 930 من القانون المدني العراقي أنه:
"1- يشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف بنفسه فيما وكل به. فلا يصح توكيل مجنون ولا صبي غير مميز مطلقا ولا توكيل صبي مميز بتصرف ضار ضررا محضا ولو أذن به الولي. ويصح توكيله بالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذونا بالتجارة، فإن كان محجورا ينعقد موقوفا على إذن وليه.
2- ويشترط أن يكون الوكيل عاقلا مميزا ولا يشترط أن يكون بالغا فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلا وإن لم يكن مأذونا".
448- ونظرا لتعارض المصالح، فإن بعض التشريعات نصت صراحة على عدم جواز تعاقد الوكيل مع نفسه، لأن هذا التعاقد يقوم على قرينة قانونية قوامها أن الشخص إذا وكل عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد بذلك أن يجيز للوكيل التعاقد مع نفسه، كما هو الأمر مثلا بالنسبة للقانون المدني المصري الذي نص في المادة 208 منه على ما يلي:
"لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة".

محتفظا بنفس المبررات التي حركت المشرع ودفعته إلى وضعه، وهل ينسجم مع الواقع عمليا ومنطقيا ويتحقق معه استقرار وأمن المعاملات؟

كما يجب لصحة الوكالة أيضا- وهي من العقود التي ترتكز على الاعتبار الشخصي- أن يكون الرضى خاليا من العيوب، بحيث لو وقع غلط في شخص الوكيل أو الموكل مثلا أو شاب الوكالة إكراه أدبي أو أي عيب آخر، فإنها تكون قابلة للإبطال.

ثانيا: المحل والسبب في عقد الوكالة

إن المحل في عقد الوكالة هو التصرف القانوني الذي عهد بإجرائه إلى الوكيل، والذي ينبغي أن يستجمع شروط المحل عموما وعليه، فإنه يجب - وعملا بمفهوم المخالفة- للفصلين 881 و882 من قانون الالتزامات والعقود- أن يكون التصرف القانوني المذكور ممكنا فإن كان مستحيلا بطلت الوكالة لأنه "لا التزام بمستحيل" وتبطل إن كان محلها ممكنا إلا أن طبيعته تأبى إجراءه بالنيابة نظرا لكونه لصيق بشخص صاحبه كأداء اليمين مثلا[449] وهو ما عبر عنه المجلس الأعلى سابقا في أحد قراراته[450] بقوله:

"...اليمين أمر شخصي يتعلق بالضمير الديني، وهي بهذه الصفة لا تجوز فيها النيابة، ولأجل ذلك، كان القرار المطعون فيه الذي انبنى على هذه المقتضيات القانونية مرتكزا على أساس قانوني ومعلل بما فيه الكفاية".

449- في هذا الصدد ينص الفصل 882 من ق.ل.ع على أنه:
" تعتبر الوكالة كأن لم تكن إذا كان محلها عملا لا يجوز إجراؤه بطريق النيابة كأداء اليمين" وهي نفس الصياغة التي استعملها قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 774 منه.

450- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 أبريل 1994 في الملف المدني عدد 1346/ 91. المنشور بمجلة الإشعاع. العدد 11. يوليوز 1994. ص 121.

وتبطل كذلك إن لم يتم تعيين المحل تعيينا كافيا نافيا لأي جهالة عن طريق تحديد نوعه إذا كان من عقود المعاوضة، حيث ليس من الضروري تعيين محل التصرف على وجه التخصيص، بعكس ما لو كان من عقود التبرع، إذ لا يكفي فقط ذكر نوعه، وإنما يجب أيضا تعيين محله، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله في مطلع الفصل 881:

"تبطل الوكالة:

أ- إذا كان محلها مستحيلا، أو مبهما إبهاما فاحشا" غير أنه إذا لم يكن في الإمكان تعيين المحل في عقد الوكالة، فعلى الأقل أن يكون قابلا للتعيين.

كما تبطل إذا كان محلها عملا مخالفا للنظام العام أو للأخلاق الحميدة أو للقوانين المدنية أو الدينية على حد تعبير المشرع المغربي في نفس الفصل المذكور سابقا[451] أي تنتفي فيه صفة المشروعية التي جاء تأكيدها صراحة في مستهل تعريف عقد الوكالة بكونه "عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه".

وبما أن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له، فإنه ينبني على ذلك، أنه إذا لم يتم تنفيذ الوكالة الباطلة، لا يصح للموكل المطالبة بتنفيذها ولا الوكيل باستحقاقه الأجر إن كانت مأجورة، ما لم يكن الموكل قد دفعه حيث يجوز له في هذه الحالة استرداده، أما إذا نفذت فإنها تعتبر كأن لم تكن.

وعلى غرار المحل، فإنه يتطلب في السبب باعتباره الهدف المباشر الذي يقصد المتعاقد تحقيقه والذي من أجله تحمل بالالتزام، نفس

451- وتقابله من القوانين المقارنة المادة 773 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي جاء فيها أنه:

"تكون الوكالة باطلة:

أولا: إذا كان موضوعها مستحيلا أو غير معين تعيينا كافيا.

ثانيا: إذا كان موضوعها إجراء أعمال مخالفة للنظام العام أو للآداب أو للقوانين".

شروط السبب المقررة في القواعد العامة، أي أن يكون موجودا وحقيقيا ومشروعا تحت طائلة البطلان أيضا.

Scanné avec CamScanner

الفقرة الثالثة : الآثار القانونية لانعقاد الوكالة وأسباب انقضائها

تنشئ الوكالة التزامات متقابلة في ذمة طرفيها، إذ يتعين على الوكيل تنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة لها، وتقديم حساب عنها للموكل، ورد ما قبضه لحساب هذا الأخير، كما يلتزم الموكل بأداء الأجر إن كانت الوكالة مأجورة، ورد المصروفات التي أنفقها الوكيل في سبيل تنفيذ الوكالة، إلى جانب تعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب تنفيذها. وما دامت الوكالة تصرفا قانونيا يعقده الوكيل مع الغير، فإنها ترتب أيضا آثارا بالنسبة لهذا الغير الذي تعاقد مع الوكيل.

وكأي عقد، فإنها تنقضي لسبب من الأسباب التي حددها المشرع والتي يمكن تصنيفها إلى نوعين، نوع يندرج في إطار القواعد العامة وتنقضي به العقود الأخرى، ونوع خاص بعقد الوكالة ذاتها.

أولا : الآثار القانونية لانعقاد الوكالة

يمكن دراسة هذه الآثار من خلال العلاقة فيما بين المتعاقدين أي الوكيل والموكل، من جهة، وفي مواجهة الغير من جهة أخرى، وذلك على النحو التالي:

1- آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين

في عقد الوكالة تتحدد صلاحيات الوكيل والتزاماته وكذا التزامات الموكل، والتي سنتناولها فيما يلي:

أ- التزامات الوكيل في عقد الوكالة

يمكن إجمال التزامات الوكيل الناشئة عن عقد الوكالة، في وجوب تنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة لها، وتقديم حساب عنها، ثم ردها للموكل في يد الوكيل:

Scanné avec CamScanner

فمن حيث الالتزام بتنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة لها، نص المشرع صراحة[452] على أنه يجب على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها، ولا يسوغ له أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة، أي أنه يتعين على الوكيل في معرض قيامه بالتصرف القانوني الذي وكل فيه وما يرتبط به من أعمال مادية قد يتطلبها تنفيذه التقيد بمضمونه ونطاقه وكذا بكيفية تنفيذه، وألا يتعدى ذلك تحت طائلة عدم نفاذ التصرف المذكور في حق الموكل ما لم يقره، غير أن هذا لا يعني البتة منع الوكيل من أي مبادرة نافعة، بل على العكس يمكنه التعاقد بشروط أفضل مما ورد في الوكالة، وفي هاته الحالة يكون الفرق لفائدة الموكل[453] وذهب أبعد من ذلك فأجاز له التعاقد بشروط أقل متى كان الفرق قليل الشأن أو كان مما يتسامح فيه عادة[454].

فالوكالة إذن، لا تعتبر إلا في الحدود المرسومة لها أصلا، وفيما تجاوزه الوكيل يعد فضالة متى توفرت شروطها، أو وكالة ظاهرة إذ كان الغير الذي تعامل معه اعتقد عن حسن نية أنه يعمل في حدود الوكالة الممنوحة له من الموكل وقامت الشروط الأخرى لهذا النوع من الوكالة، وإلا توقف تصرف الوكيل على إقرار الموكل.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن تنفيذ الوكيل للمهمة المكلف بها يتطلب منه أن يبذل عناية الرجل المتبصر، وإذا انتفت، كان مسؤولا عن الضرر الذي يلحق الموكل على إثر ذلك، كما إذا لم ينفذ اختيارا التعليمات التي تلقاها منه، أو لم يتخذ ما يقتضيه العرف في المعاملات

452- في الفصل 895 من قانون الالتزامات والعقود.

453- وفي هذا الصدد ينص الفصل 896 من ق.ل.ع - الذي تقابله في قانون الموجبات والعقود اللبناني المادة 780- على أنه:

"إذا أنجز الوكيل القضية التي كلف بها بشروط أفضل مما هو مذكور في الوكالة فإن الفرق يكون لفائدة الموكل".

454- عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل 927 من ق.ل.ع التي تقابلها المادة 806 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

أما إذا قامت لديه أسباب خطيرة لفعل ذلك، وجب عليه إخطار الموكل بها فورا وانتظار تعليماته إن لم يكن في الانتظار خطر.
هذا إذا كانت الوكالة غير مأجورة، وإذا كانت بأجر، أو أعطيت في مصلحة قاصر أو ناقص أهلية أو شخص معنوي، فإن العناية الواجبة وقتئذ هي عناية الرجل المعتاد.

وسواء كان الوكيل مأجورا أو غير مأجور -أي متفضلا بتبرعه- وجب عليه أن يعمل بمراعاة مصلحة الموكل وإجراء ما يلزم للمحافظة على حقوقه، إلا أنه في الحالة الأولى- أي عندما يكون مأجورا أو تدخل الوكالة في مهنته أو وظيفته- يتطلب تنفيذ الوكالة عناية الرجل المعتاد، وفي الحالة الثانية يقتضي بذل عنايته لأمور نفسه.

وقد يحصل أن يعين الموكل بعقد واحد ومن أجل نفس التصرف القانوني عدة وكلاء، إذ تكون هذه قرينة قانونية على رغبته في إلا يعملوا إلا مجتمعين، ما لم يؤذن لهم صراحة بالعمل منفردين، حيث لا يجوز لأي منهم أن يجري العمل وحده ولو استحال على الطرف الآخر المشاركة معه في ذلك، ويستثنى مما تقدم، أن تكون الوكالة بين التجار فيما يخص أعمالهم التجارية، أو متعلقة بالدفاع أمام القضاء، أو برد الوديعة، أو بدفع دين غير متنازع فيه مستحق الأداء، أو بغير ذلك من الأعمال التي لا تحتاج بطبيعتها إلى العمل على الوجه السالف الذكر لانعدام الحكمة من وجوب اجتماع الوكلاء.
وخلافا لما سبق، فإنه يمكن لأي واحد من الوكلاء أن يستقل بإجراء العمل المكلف به فيما لو تم تعيينهم بموجب عقود متفرقة[455].

والجدير بالملاحظة، أن تعدد الوكلاء وتكليفهم بالقيام بتصرف قانوني لحساب الموكل، لا يعني أنهم متضامنين في التزاماتهم نحوه لأن هذه الأخيرة ناشئة عن عقد الوكالة، وكما هو معلوم فإن التضامن في الالتزامات العقدية لا يفترض، ومع ذلك فإنه يقوم بينهم حسب

455- راجع الفصلان 898 و899 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

الفصل 912 من قانون الالتزامات والعقود- غير أنهم لا يسألون عن تجاوز أحدهم حدود الوكالة أو إساءة مباشرتها- في الحالات الآتية:

- إذا حدث الضرر للموكل بتدليسهم أو بخطئهم المشترك وتعذر تحديد نصيب كل منهم في وقوعه؛
- إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة؛
- إذا أعطيت الوكالة بين التجار لأعمال التجارة ما لم يشترط غير ذلك.

وبما أن عقد الوكالة يرتكز على الاعتبار الشخصي، فإنه لا يسوغ للوكيل تبعا لذلك أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة، بل يجب أن يخول هذه الصلاحية صراحة من طرف الموكل، أو تستنتج من طبيعة التصرف ذاته أو من ظروف الحال[456] ولا يطبق هذا المقتضى على الوكيل في إطار الوكالة العامة، حيث يحظى بإمكانية توكيل أحد من الغير تحت يده.

وفيما يخص مسؤولية الوكيل عن نائبه، يمكن القول إن الوكيل الذي ليست له صلاحية توكيل غيره في تنفيذ الوكالة، يسأل عمن تحت يده، أما إذا رخص له في ذلك دون تعيين هذا الأخير، فإنه لا يكون مسؤولا إلا إذا أساء اختياره أو حتى إذا أحسن اختياره غير أنه أعطاه تعليمات كانت هي السبب في حدوث الضرر، أو لم يراقبه والحال أن مراقبته له ضرورية؛ أما في علاقة نائب الوكيل بالموكل، فتكون للأول نفس حقوق الوكيل ويلتزم تجاه الموكل مباشرة في نفس الحدود التي يلتزم فيها الوكيل، هذا الأخير الذي تبقى علاقته بالموكل محكومة بعقد الوكالة الأصلي، كما يكون تجاهه مسؤولا عن نائبه.

456- وهذه نتيجة طبيعية لما يعترف به القانون من أن الوكيل يستطيع - ما لم يمنع من ذلك صراحة- أن ينقل سلطته في العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر فيصبح النائب بدوره وكيلا عن الموكل.

Scanné avec CamScanner

وإذا كان الوكيل يلتزم بموجب عقد الوكالة بموافاة الموكل - أثناء تنفيذ الوكالة - بالمعلومات الضرورية التي يتسنى له من خلالها أن يقف على سير التنفيذ، فإنه يلتزم أيضا بأن يعلمه بكل الظروف التي قد تدفعه إلى إلغاء الوكالة أو تعديلها.

وبمجرد إنهاء مهمته، يتعين عليه إخطار الموكل بذلك على نحو يتبين معه الطريقة التي أنجزت بها هذه الأخيرة، وكل تأخر في الرد أكثر مما تقتضيه طبيعة القضية أو ما يجري به العرف، يحمل على أنه إقرار من الموكل بما قام به الوكيل ولو كان قد تجاوز حدود وكالته.

وزيادة على ذلك، يجب عليه أن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو بمناسبتها، وأن يقدم حسابا مفصلا لجميع أعمالها- يبين فيه كل ما أنفقه وما قبضه- مؤيدا بالمستندات ومدعما بالأدلة وفقا للعرف وطبيعة المعاملة، وذلك حتى يتمكن الموكل من أن يستوثق من سلامة تصرفات الوكيل غير أنه يعفى من تقديمه في حالات معينة كما لو كان الوكيل ينوب عن أحد تربطه به علاقة زواج أو قرابة أو نحو ذلك.

وبمجرد انتهاء الوكالة، يرد الوكيل للموكل أيضا ما في يده من أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة بما فيها رسم الوكالة أو أن يودعه في المحكمة وإذا لم يطلبه الموكل، تحمل التعويض تجاه الغير حسن النية[457].

ب- التزامات الموكل في عقد الوكالة وضمانات تنفيذها

الأصل في الوكالة في التشريع المغربي أن تكون بلا أجر، ما عدا في بعض الحالات الاستثنائية كما لو كلف الوكيل بإجراء عمل داخل حرفته أو مهنته، أو تعلقت الوكالة بالمعاملات التجارية التي يجريها التجار، أو بأعمال يقضي العرف بدفع أجر عن القيام بها، كذلك قد يتفق

457- أما إذا لم يرد ما بيده من مال للموكل وتصرفه فيه أو استعمله لصالحه، فإنه يعد مرتكبا لجريمة التبديد إلى جانب مسؤوليته المدنية.

Scanné avec CamScanner

الوكيل والموكل إما صراحة أو ضمنا، على أن تكون الوكالة مأجورة إذ يعملان عندئذ على تعيين الأجر، وعند الخلاف يتدخل القاضي لتحديد مقداره وفقا لعرف المكان الذي نفذت فيه الوكالة أو تبعا للظروف المحيطة بها.

وحسبما يجري به العمل، فإن الوكيل يستحق الأجر على الجهد الذي يبذله، بغض النظر عن النتيجة التي حققها، نظرا لأن التزامه هو التزام ببذل عناية، ما لم يكن هناك خطأ يعزى إليه.

ومع ذلك، قد لا يستحق الوكيل الأجر المتفق عليه، لاسيما إذا انجزت العملية التي عهد بها إليه، قبل أن يشرع في تنفيذها، أو لم تنجز قط مع مراعاة العرف التجاري أو المحلي في هذه الحالة، غير أن القاضي تبعا لسلطته التقديرية، يمكنه منح الوكيل تعويضا، خصوصا إذا كان السبب في عدم إبرام العملية يعزى إلى الموكل أو إلى القوة القاهرة[458].

وعلاوة على التزام الموكل بدفع الأجر- كما بيناه أعلاه - يتعين عليه أن يضع رهن إشارة الوكيل ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نقود وغيرها، إلا إذا جرى العرف أو تم الاتفاق على خلاف ذلك، وأن يرد إليه ما اضطر إلى تسبيقه من ماله الخاص وإنفاقه من مصروفات لازمة في سبيل التنفيذ المعتاد والمعقول للوكالة، وذلك كيفما كان حظه من النجاح في القيام بما عهد إليه بموجب هذا العقد.

458- وفي هذا السياق، تنص المادة 794 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه: "لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه:
أولا: إذا منعته قوة قاهرة عن الشروع في تنفيذ الوكالة؛
ثانيا: إذا كانت القضية التي وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها؛
ثالثا: إذا لم تتم القضية التي من لجلها أعطيت الوكالة ويراعى في هذه الحالة الأخيرة العرف التجاري أو المحلي، على أنه يحق للقاضي أن ينظر فيما إذا كان يجب إعطاء الوكيل تعويضا مراعاة لمقتضى الحال" وهي تماثل إلى حد ما الفصل 915 من قانون الالتزامات والعقود.

ويدخل أيضا في هذا الإطار، تخليص الوكيل مما عسى أن يكون قد التزم به شخصيا نحو الغير لتحقيق هذا الغرض بالذات، أما ما عدا ذلك من التزامات يتحملها الوكيل لأسباب لا علاقة لها بالوكالة، أو خسائر ناتجة عن فعله أو خطئه، فلا يسأل عنها الموكل، وإنما تتحقق مسؤوليته ويستحق الوكيل التعويض إذا لحقه ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا دون تمييز بين ما إذا كانت مأجورة أو غير مأجورة.

هذا، ولضمان تنفيذ الموكل لالتزاماته وحماية لحقوق الوكيل وضع المشرع بين يدي هذا الأخير بعض الآليات القانونية، منها حق حبس أمتعة الموكل المنقولة أو بضائعه التي في حيازته، وتضامن الموكلين عند تعددهم في التزامهم تجاهه، إذا تم الاتفاق عليه، وإلا فإن كلا منهم يكون مسؤولا بنسبة مصلحته في العملية[459] وقيام مسؤولية الموكل تجاهه عن نتائج الوكالة حتى ولو فوض الوكالة لشخص آخر اللهم إذا اشترط خلاف ذلك وقبله الوكيل الأصلي.

2- آثار الوكالة في مواجهة الغير

من المعلوم، أن التصرف الذي يجريه الوكيل باسم الموكل مع الغير، يقوم على إرادته هو وينصرف أثره إلى الموكل وفقا للقواعد المقررة للنيابة، الشيء الذي يقتضي أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا للوكالة، وأن يكون الوكيل قد قام به

459- لأن التضامن بين المدينين في المعاملات المدنية لا يفترض، وإنما ينبغي أن ينتج صراحة من السند المنشئ للالتزام أو من القانون أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة، وذلك على عكس الالتزامات المتعاقد عليها بين التجار لأغراض التجارة، حيث يقوم التضامن بقوة القانون، ما لم يصرح السند المنشئ للالتزام، أو القانون بعكس ذلك.

Scanné avec CamScanner

على وجه صحيح، وفي حدود الوكالة الممنوحة له، لينتج آثاره في حق الموكل[460].

فطالما أن الوكيل يتعاقد بهذه الصفة مع الغير، فإنــه لا يتحمـل شخصيا اي التزام تجاهه، ولا يكون لهذا الأخير سوى الرجــوع علـى الموكل لتنفيذ الوكالة[461] اللهم إذا كانت الوكالة قد أعطيت له لمصـلحة الغير أيضا، أو كان هذا التنفيذ يدخل بالضرورة في وكالته.

لكن في المقابل، يحق للغير من أجل التثبت من الوجــود الفعلـي للوكالة وتبين حدودها أن يطالبه بصفته وكيلا، بإبراز رسم وكالتــه، أو عند الاقتضاء بتسليمه نسخة مصادق على مطابقتها للأصل منه علــى نفقته هو[462].

هذا، إذا أجرى الوكيل التصرف القانوني باسم الموكل، غيــر أن الوضع يختلف فيما لو أبرمه باسمه الشخصـــي، إذ فـــي هـــذه الحالـــة يكتسب الحقوق الناشئة عنه ويلتزم مباشرة تجاه الغير الذي تعاقد معــه كما لو كانت الصفقة لحسابه، ولو كان – أي الغير- يعلم أنــه معيــر اسمه وهو ما يطلق عليه "الاسم المستعار".

وعقد التسخير أو الاسم المستعار، عقد بمقتضاه يعهد الموكل إلى الوكيل بإبرام تصرف قانوني معين، مشترطا عليه استعمال اسمه هــو

460- وفي هذا الصدد ينص الفصل 925 من قانون الالتزامات والعقود علــى أن: "التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل، وفي حدود وكالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه".

461- وهو ما عبرت عنه أيضا المادة 800 من قانون الموجبات والعقود اللبنـــاني بقولها:

"الوكيل الذي يعمل بصفه وكيلا ولا يتعدى حدود سلطته، لا يترتب عليه موجــب شخصي على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدهم، ولا يجــوز لهـؤلاء أن يطالبوا غير الموكل".

462- أنظر الفصول من 921 إلى 924 من قانون الالتزامات والعقود.

وعدم الإعلان عن شخصه للغير الذي يتعاقد معه[463] فيكون بذلك الاسم المستعار طرفا في هذا العقد تجاه الغير، وتنصرف إليه سائر الآثار الناجمة عنه، دون الإخلال بالآثار التي يرتبها عقد الوكالة في العلاقة ما بينه وبين الموكل.

وإذا كان الموكل يلتزم مباشرة بتنفيذ التعهدات المعقودة لحسابه من قبل الوكيل، فإن ذلك يكون على أساس أن هذا الأخير تقيد فيها بحدود الوكالة الممنوحة له، أما إذا تجاوزها، فإن التعهدات المذكورة لا تلزمه إلا في الحالات الاستثنائية الآتية: وهي إذا أقر ولو دلالة هذا التجاوز - إذ يكون للإقرار أثرا رجعيا ويعتبر التصرف نافذا في حق الموكل من تاريخ إبرامه من طرف الوكيل لا من يوم الإقرار، لأن الإقرار اللاحق يعد بمثابة التوكيل السابق - أو إذا استفاد منه، أو إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنته تعليمات الموكل، أو حتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقسى مما تضمنته هذه الأخيرة مادام الفرق يسيرا أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد[464].

كما يمكن أن تنصرف آثار التصرف الذي أجراه الوكيل إلى ذمة الموكل، متى تعاقد باسم هذا الأخير في غياب النيابة، بأن تجاوز حدود الوكالة، أو استمر في عمله بعد انتهائها، أو كانت باطلة، وتعامل معه الغير بحسن النية معتقدا أنه نائب على أساس مظهر خارجي للوكالة صادرا من الموكل، كان هو الدافع إلى اعتقاده بوجود وكالة[465] إذ تنشأ

463- ويلجأ الموكل عادة إلى تسخير الوكيل واتخاذه اسما مستعارا بموجب وكالة مستترة لتحقيق أغراض مختلفة منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع وفي هذه الحالة الأخيرة، فإن التسخير يكون باطلا ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذي باشره الوكيل باسمه الشخصي تنفيذا لعقد الوكالة والتصرف الذي نقل به الوكيل الحق إلى الموكل.

464- حسبما ينص عليه الفصلان 920 و 927 منه.

465- من ذلك مثلا أن تنتهي الوكالة بعزل الوكيل ولا يعلن الموكل عن عزله إعلانا كافيا ليكون الغير على بينة من الأمر.

في مثل هذا الوضع وكالة يطلق عليها "الوكالة الظاهرة" يترتب على قيامها ما يترتب على الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير حيث يعتبر "الوكيل الظاهر" في تعامله مع الغير باسم الموكل نائبا عنه وتسري آثار تصرفه إلى الموكل، أما في علاقته بهذا الأخير، فينبغي التمييز بين ما إذا كان حسن النية، وهنا لا يرجع عليه الموكل بالتعويض، أو سيء النية، إذ يعتبر مرتكبا لخطأ في حق الموكل يستوجب مسؤوليته التقصيرية ويستحق عنه الموكل التعويض عن الضرر الذي لحقه على إثر تحمله الآثار المتمخضة عن التصرف الذي عقده الوكيل مع الغير.

وحسب رأينا، فإن المشرع المغربي، لما أكد أن التحفظات والعقود السرية المبرمة بين الموكل والوكيل والتي لا تظهر من الوكالة نفسها لا يجوز الاحتجاج بها على الغير، ما لم يقع الدليل على أنهم كانوا يعلمون بها عند العقد، يكون قد كرس إحدى صور "الوكالة الظاهرة"[466].

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع أقر مسؤولية الوكيل تجاه الموكل عند تجاوزه حدود الوكالة أو تصرفه بدون وكالة، وأقامها على فكرة الخطأ عند تكوين العقد، وألزمه بدفع التعويض للغير المتعاقد معه لجبر الضرر الذي حصل له بسبب عدم تنفيذ العقد.

466- التي أخذ بها القضاء أيضا، من ذلك قرار المجلس الأعلى رقم 2499 الصادر بتاريخ 16 نونبر 1987 في الملف المدني 26/3702 المنشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 139. ص 87، الذي ذهب فيه، إلى أن من شروط الوكالة الظاهرة حسن النية، كما يجب لنفاذ التصرف في حق الأصيل أن يساهم هذا الأخير بخطئه في خلق مظهر خارجي للوكالة يكون من شأنه أن يجعل الغير المتعاقد مع الوكيل الظاهر عن حسن نية معذورا في اعتقاده بصحة هذه الوكالة.

Scanné avec CamScanner

ثانيا: أسباب انقضاء عقد الوكالة

مبدئيا، لا يختلف عقد الوكالة عن غيره من العقود الأخرى من حيث أسباب الانقضاء التي ترجع إلى القواعد العامة[467] وحسب الفصل 929 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الوكالة تنتهي:

"- بتنفيذ العملية التي أعطيت من أجلها؛

- بوقوع الشرط الفاسخ الذي علقت عليه أو بفوات الأجل الذي منحت لغايته؛

- بعزل الوكيل؛

- بتنازل الوكيل عن الوكالة؛

- بموت الموكل أو الوكيل؛

- بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه كما هي الحال في الحجر والإفلاس[468] وذلك ما لم ترد الوكالة على أمور يمكن للوكيل تنفيذها برغم حدوث هذا التغيير في الحالة؛

- باستحالة تنفيذ الوكالة لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين".

وبتعبير آخر، فإنه ينقضي بالطريقة الطبيعية والمألوفة، إما بتنفيذه، أي باستنفاذ العمل محل الوكالة وانقضاء الأجل المحدد لها قبل تنفيذه، وذلك باستحالة التنفيذ لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين، أو بتحقق الشرط الفاسخ الذي علقت عليه، أو بالفسخ من قبل أحدهما، أو بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يجعله غير أهل

467- كما لا يختلف عنها أيضا فيما يخص الإثبات، حيث تطبق القواعد العامة فيه، مع مراعاة أنه إذا تجاوزت قيمة التصرف القانوني محل عقد الوكالة عشرة آلاف درهم (10.000) وجب إثباته بالكتابة عملا بالفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود كما عدل بالقانون 53.05.

468- والمقصود به حاليا نظام صعوبات المقاولة.

Scanné avec CamScanner

مباشرة حقوقه - كما لو وضع عليه الحجر- ما لم ترد الوكالة على أمور يمكن للوكيل تنفيذها بالرغم من حدوث هذا التغيير.

هذا فضلا عن أسباب خاصة به كعقد يرد على العمل ويكون محله بالأساس تصرفا قانونيا أو "عملا مشروعا" -حسب تعبير المشرع المغربي- يجريه الوكيل عادة لمصلحة الموكل، مما يجعله ينفرد بمجموعة من الخصائص من أبرزها قيامه على الاعتبار الشخصي وكونه عقدا غير لازم، فينقضي من ثم بعزل الموكل للوكيل، أو بتنازل هذا الأخير عن الوكالة، أو بوفاة أي واحد منهما.

وتشترك هذه الأسباب جميعا، في أن تحققها يتوقف على علم الوكيل بوجودها حيث ينقضي العقد من الوقت الذي تم فيه هذا العلم فضلا عن أنه يتعين على الوكيل أن يراعي مصالح الموكل وألا يعرضها للضرر.

1- انقضاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة

تنقضي الوكالة بتنفيذ الوكيل للعمل المنوط به، أي بإنجاز التصرف القانوني محلها أو بانقضاء الأجل المحدد الذي منحت لغايته - وإن كان يجوز للوكيل الاستمرار في التنفيذ متى كانت لديه مبررات معقولة، أو بمحض إرادته وبعلم الموكل وعدم معارضته كتعبير عن تجديده الضمني للوكالة- أو بتحقق الشرط الفاسخ فيما لو علقت عليه أو بفسخ العقد من طرف الموكل أو الوكيل بغتة وفي وقت غير لائق، ومن غير سبب معتبر، حيث يسوغ الحكم لأحدهما على الآخر بتعويض يحدد القاضي وجوده ومداه وفقا لطبيعة الوكالة وظروف التعامل وعرف المكان.

كذلك، قد تحصل حوادث تؤدي إلى انقضاء الوكالة، كأن يصبح تنفيذها مستحيلا لسبب أجنبي لا يد للوكيل فيه، أو يفقد أحدهما أهليته وقت الوكالة ومباشرة التصرف القانوني محلها، هذا إذا كانت الوكالة قد

أسندت إلى شخص طبيعي، أما بالنسبة للشخص المعنوي - كشركة مثلا - فإن الوكالة تنقضي بانقضاء هذا الشخص[469].

2- انقضاء عقد الوكالة لأسباب خاصة به

مما لا شك فيه، أن الوكالة تعطى في الأصل لمصلحة الموكل وعليه إذا وجد هذا الأخير أن مصلحته فيها لم تعد قائمة، جاز له إلغاءها متى شاء بإرادته المنفردة وذلك عن طريق عزل الوكيل، الشيء الذي يجسد خاصية عدم كون الوكالة عقدا لازما.

وعزل الوكيل في نظرنا يشكل الوجه الأول لإلغاء الوكالة وحلها وهو يتم إما صراحة أو ضمنا دون اشتراط شكل معين، إلا إذا أبرمت الوكالة وفقا لشكل خاص تطلبه المشرع، حيث ينبغي التقيد به عند إلغائها.

والجدير بالملاحظة، أن هذه الرخصة المخولة للموكل - إمكانية عزل الوكيل- تعد من متعلقات النظام العام، وبالتالي، فإن كل شرط يخالفها يكون عديم الأثر بالنسبة للمتعاقدين وكذا الغير، فلا الوكيل يمكنه التمسك ببقائه بهذه الصفة مستمرا في إنجاز مهمته إلى غاية أن ينهي

469- لما كانت الشركة تكتسب الشخصية المعنوية من تاريخ تسجيلها في السجل التجاري، فإن انقضاءها يتم بنفس إجراءات تأسيسها، وينتج عن انقضاء الشركة حل العلاقات فيما بين الشركاء وبالتالي زوال شخصيتها المعنوية، مما يستوجب تصفية أموالها وتسوية ديونها وتوزيع الفائض بين الشركاء.

وأسباب انقضاء الشركة متعددة، منها ما يخص نوعا معينا دون الآخر، ومنها ما تشترك فيه جميع الشركات، وقد التنصيص عليها في الفصل 1051 من قانون الالتزامات والعقود،من ذلك مثلا، انقضاء المدة المحددة للشركة أو حصول ما يقتضي فسخها من شرط أو غيره، وتحقق الأمر الذي أنشئت من أجله أو استحالة تحققه وهلاك المال المشترك هلاكا كليا أو جزئيا يبلغ من الجسامة حدا يحول دون الاستغلال المفيد، وموت أحد الشركاء أو إعلان الحجر عليه ما لم يكن قد وقع الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثته أو نائبيه أو على استمرارها بين الباقين على قيد الحياة.

Scanné avec CamScanner

العمل المنوط به، ولا الموكل يمنع من عزل الوكيل لمجرد أن الوكالـــة بأجر[470].

ومع أن عزل الوكيل إمكانية بيد الموكـــل، إلا أن المشـــرع قيـــد ممارستها في حالتين: إذا كانت الوكالة صـــادرة لمصـــلحة الوكيـــل أو لغير، وبمفهوم المخالفة، لا يكون عزل الوكيل صحيحا، ومن ثم يتحمل الموكل الآثار المترتبة على تصرفه من ناحية، ومن ناحية أخـــرى، إذا كان الأمر يتعلق "بوكالة الخصومة" فإنه لا يجوز عزل الوكيـــل متـــى أصبحت الدعوى جاهزة للحكم[471].

470- صحيح أنه يمكن للموكل عزل الوكيل، لكن لما كانت مصلحة هذا الأخير في الأجر، وجب أن يكون العزل مستندا على مبررات مقبولة وفي وقت مناسب، وإلا فإن العزل يكون صحيحا لا محالة في ذلك، غير أنه يثبت للوكيل الحق في الرجوع على الموكل بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله.

471- الوكيل بالخصومة حسب علمنا، عبارة تتردد كثيرا في الدراسات المصـــرية لاسيما القديمة منها للدلالة على المحامي، باعتبار هذا الأخير وكيل عـــن الخصـــم وكالة اتفاقية الغرض منها العمل على إنهاء الخصـــومة، وهكـــذا، فـــإن الوكالـــة بالخصومة تعطي للمحامي سلطة تحريك الإجراءات أمام المحاكم لحمايـــة حقـــوق الموكل، أي أنها وكالة في الإجراءات تنتهي عند إصدار الحكم في الدعوى وليست وكالة التصرف في الحقوق. ومن الأحكام الصادرة عن القضاء المصري. والتـــي تضمنت في حيثياتها العبارة المذكورة، النقض المصري رقم 29/1/1974 م. طعـــن 377 لسنة 37 ق- ق 23 لسنة 25. ص 142، حيث جاء فيه:

"أما الوكيل بالخصومة "المحامي" فإن له أن ينيب عنـــه فـــي الحضـــور أو فـــي المرافعات أو في غير ذلك من إجراءات التقاضي محاميا آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص،...".

أما بالنسبة للتشريع المغربي، فإن هذه العبارة التي وردت في قـــانون الالتزامـــات والعقود الصادر في 12 غشت 1913 كانت شائعة في فترة ما قبل الحماية للدلالـــة على مهمة الدفاع التي كان يتولاها أي شخص، والتي لم تحظ بالتأطير أو التنظـــيم القانوني آنذاك، وبالتالي لم يكن يجوز للموكل أن يعزل الوكيل فيما لـــو أصـــبحت القضية جاهزة للحكم فيها حماية لحقوقه، أما اليوم وقد أصبحت مهنـــة المحامـــاة منظمة وتكرس مقتضيات تضمن الحماية للطرفين، فإن المـــادة 48 مـــن القـــانون المنظم لمهنة المحاماة الصادر في 20 أكتوبر 2008 كما تم تعديله وتتميمه في الباب

Scanné avec CamScanner

كذلك، فإن عزل الموكل للوكيل لا ينتج أثره إلا إذا وصل فعلا إلى علم الوكيل[472] أما قبل هذا الوقت، فإن الوكالة تكون سارية المفعول وتظل تصرفات الوكيل صحيحة حتى في مواجهة الغير الذي تعاقد معه بحسن النية قبل علمه بحصول العزل.

وقد كرس المشرع هذا المقتضى في إطار الفصل 939 من قانون الالتزامات والعقود بقوله: "تكون صحيحة التصرفات التي يبرمها الوكيل باسم الموكل خلال الفترة التي يجهل فيها موته أو غيره من الأسباب التي يترتب عليها انقضاء الوكالة بشرط أن يكون من تعاقد معه يجهل ذلك بدوره".

كما قضى المجلس الأعلى سابقا في أحد قراراته بما يلي: "يؤخذ من الفصول 932 و394 و939 من قانون الالتزامات والعقود، أن عزل الوكيل من الوكالة تم بسند كتابي، لا ينتج أثره إلا من يوم إشعار الوكيل بالعزل المكتوب، بتبليغه له، وأن تصرفات الوكيل خلال المدة التي حل فيها انتهاء مهمته كوكيل تكون صحيحة طالما أن المتعاقد معه يجهل بدوره انتهاء مهمة الوكيل المتعاقد معه، وأن هذا المتعاقد لا يمكن أن يحتج ضده بإلغاء الوكالة، مادام قد تعاقد بحسن نية وجهل انتهاء مهمة الوكيل بعزله"[473].

المتعلق بالعلاقة مع الموكلين، تجيز للموكل أن يسحب التوكيل من محاميه في أي مرحلة من المسطرة شريطة أن يوفي له بالأتعاب والمصروفات المستحقة عن المهام التي قام بها لفائدته، وأن يبلغ ذلك إلى الطرف الآخر أو محاميه ورئيس كتابة الضبط بالمحكمة التي تنظر في القضية، وذلك بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام أو بسائر وسائل التبليغ الأخرى.

472- فمثلا إذا تم إلغاء الوكالة برسالة أو ببرقية، فإنه لا ينتج أثره إلا من وقت تسلم الوكيل لها.

473- أنظر: قرار المجلس الأعلى رقم 285 الصادر بتاريخ 7 أبريل 1982 في الملف المدني رقم 86486. المنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية: 1966 – 1982. ص 784.

Scanné avec CamScanner

وعلاقة بإلغاء الوكالة، فإن المشرع بين أيضا حكم إلغاء الوكالة الممنوحة من عدة أشخاص من أجل نفس الصفقة، مؤكدا عدم جواز إلغائها إلا بموافقة هؤلاء جميعا، ما لم تكن هذه الأخيرة قابلة للتجزئة حيث ينهي الإلغاء الحاصل من أحدهم، الوكالة بالنسبة إلى نصيبه منها ومصرحا بصحة إلغائها من قبل أي واحد من الشركاء في شركات التضامن وغيرها، الذين يتمتعون بصلاحية إعطائها باسم الشركة.

وعلى العموم، فإن عزل الوكيل الأصلي أو موته يؤدي عزل من أحله محله ماعدا إذا كان هذا النائب قد تم تعيينه من لدن الموكل، أو إذا كان الوكيل الأصلي يتمتع بصلاحيات تامة في التصرف، منها أن يحل غيره محله.

أما بخصوص الوجه الثاني لإلغاء الوكالة، فيتمثل في تنازل الوكيل عنها صراحة أو ضمنا من خلال إبداء رغبته في التنحي عنها وإخطار الموكل بذلك، غير أنه يكون ملزما بأن يصل بأعمال الوكالة التي بدأها إلى حد لا تتعرض معه مصالح الموكل للضرر متخذا في سبيل ذلك كل الإجراءات اللازمة إلى حين أن يتسنى لهذا الأخير رعايتها بنفسه تحت طائلة مساءلته عن الضرر الذي قد يحصل له.

وإذا كانت الوكالة قد أعطيت لمصلحة الغير[474] فلا يحق له أن يتنازل عنها إلا بشروط، وهي: أن تكون لديه أسباب جدية تبرر التنحي -كمرض ونحوه- وأن يخطر الغير بتنازله، وأن يمهله وقتا كافيا ليتدبر خلاله شؤونه، وكما صرح بذلك المشرع فإن إلغاء الوكالة كليا أو جزئيا - عن طريق التنازل عنها- لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي تعاقد مع الوكيل بحسن نية قبل علمه بحصوله[475].

474- كأن يعهد مثلا للوكيل بدفع دين للغير في ذمة الموكل من مال هذا الأخير الموجود تحت يده.

475- أنظر الفصول من 933 إلى 937 من ق.ل.ع.

وما دام عقد الوكالة من العقود التي تبنى على الاعتبار الشخصي، فإنه من الطبيعي أن يؤثر عليها حدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه[476] وبالتالي فإنها تنقضي لتفسح المجال لنيابة أخرى ألا وهي النيابة الشرعية كما نظمتها مدونة الأسرة[477] علما أن سريان انتهائها لا يحسب إلا من وقت حصول العلم، وليس بمجرد تحقق السبب المؤدي إلى انقضائها، الأمر الذي يعني أن التصرفات القانونية التي بوشرت قبل ذلك تظل قائمة ومنتجة لآثارها.

ولنفس الاعتبار، تنقضي الوكالة أيضا بوفاة الوكيل، كما تنقضي بوفاة الموكل نظرا لأن سلطة الوكيل رهينة بإرادة الموكل، فإذا توفي الوكيل، وجب على ورثته متى كانوا على علم بالوكالة أن يبادروا إلى إعلام الموكل بموت مورثهم، وأن يحافظوا على سائر الوثائق والمستندات التي تخص هذا الأخير، ويتخذوا من التدابير ما تقتضيه مصلحته، وفي هذه الحالة تظل الوكالة قائمة فقط في حدود هذه الأعمال التحفظية، لكن إذا توفي أحد الوكلاء عند تعددهم، لم تنقض الوكالة إلا بالنسبة لمن توفي إذا كان الباقون مستقلين بتنفيذها، وتنقضي بالنسبة إليهم جميعا فيما لو كانوا يعملون مجتمعين.

وإذا توفي الموكل، انقضت تبعا لذلك وكالة الوكيل الأصلي ووكالة نائبه - ما عدا إذا كانت الوكالة قد أعطيت في مصلحة الوكيل أو الغير، أو كان محلها إجراء عمل بعد وفاة الموكل على نحو يكون

476- نود أن نلفت النظر هنا، إلى أن المشرع في الباب الرابع من القسم السادس تحت عنوان انقضاء الوكالة، الذي ساق فيها أسباب انقضائها، نص في البند السادس من الفصل 929 على أن الوكالة تنتهي بحدوث تغير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه " أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه" أي أنه اقتصر على ذكر فقدان الأهلية، في حين أنه في مطلع الفصل 940 صرح بأن الوكالة تنقضي بنقص أهلية الموكل، والحال أنه كان يجدر به درءا لأي لبس الإشارة إليهما معا في إطار الفصل 929.

477- في المواد من 229 إلى 276.

Scanné avec CamScanner

معه الوكيل في مركز منفذ الوصايا- وفي مثل هاته الحالة يتعين على الوكيل أن يتم العمل الذي شرع في انجازه في حدود ما هو ضروري وأن يقوم بالإجراءات اللازمة لصيانة مصالح الموكل إذا لم يكن له وارث متمتع بالأهلية، وفي المقابل يحق له استرداد المصروفات التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة وفقا لأحكام الفضالة، أما التصرفات التي أبرمها باسم الموكل خلال الفترة التي كان يجهل فيها وفاته، فتكون صحيحة على أساس أن يكون الغير الذي تعاقد معه يجهل بدوره ذلك كما لا تنقضي الوكالة إذا تعدد الموكلون وتوفي أحدهم إلا بالنسبة لمن توفي منهم، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة فتنقضي عندئذ بالنسبة للموكلين أجمعين[478].

478- وبالنسبة للشخص المعنوي كالشركة مثلا، فإن حلها يؤدي إلى انقضاء الوكالة غير أنها تبقى المدة اللازمة لتصفيتها، إذ أن شخصيتها المعنوية تظل في حدود أغراض التصفية.

الباب الثاني

العقـود التجاريـة

قبل أن يصل بها الأمر إلى ما هي عليه في الوقت الراهن، حيث أصبحت تحظى بتنظيم خاص بها يتلاءم مع التحولات الاقتصادية والقانونية للمغرب، ويساير إلى حد ما متطلبات عولمة التجارة والاقتصاد، لم يكن للتجارة ببلادنا الشأن الكبير الذي لها اليوم باعتبارها إحدى رافعات الاقتصاد الوطني.

وبتعبير آخر، فإن المغرب على الرغم من تميزه بموقع جغرافي استراتيجي نظرا لتواجده في أقصى الوطن العربي وملتقى القارتين الإفريقية والأوربية وانفتاحه على الواجهتين الأطلسية والمتوسطية، إلا أنه لم يرق عبر تاريخه القديم إلى درجة أن يكون قطب إشعاع في التجارة، مثلما اشتهرت بذلك بعض الحضارات، للعديد من الأسباب التي لا يمكن أن تحيط بها في الواقع سوى أقلام أهل التخصص في الميدان.

وباختصار، يمكن القول إنه كان في مقدمة الانشغالات الأساسية لهذا البلد، الجهاد في سبيل نشر رسالة الإسلام، وصد القرصنة الأجنبية وحماية للشواطئ المغربية منها، أما التجارة فكانت بالمقارنة مع الفلاحة والعقار، قطاعا ثانويا كما كانت الصناعة بسيطة تتناسب ومغرب ذلك العهد.

غير أن هذا لا يعني أنه لم يعرف التجارة على الإطلاق، وإنما كانت الحركة التجارية نشيطة بمجموعة من مدنه، ليس فحسب تلك المتمركزة على ساحل البحر الأبيض المتوسط والمحيط الأطلسي، بل حتى الداخلية منها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه كان خلال هذه الحقبة من الزمن - أي قبل الحماية - يعتمد في سائر شؤونه الدينية والدنيوية وبالتحديد في معاملاته التجارية على الشريعة الإسلامية وفقهها لاسيما المالكي، وكذا على الأعراف والعادات التي جرى بها

العمل في كنفه، مما يفسر تأصل العديد من المبادئ والأنظمة لديه مستقاة من المرجعية المذكورة -الدينية منها والعرفية- كحرية الإثبات في المادة التجارية، والإفلاس، والتحكيم، والحسبة، والأخذ بالأعراف والعادات التجارية التي لا تتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية وغيره.

لكن، نظرا لافتقاره وقتئذ للمقومات اللازمة التي من شأنها أن تسعفه في تنمية حركته التجارية، بسبب قلة عدد سكانه، وعدم توفره على وسائل النقل الحديثة والموانئ المجهزة، وعدم تشجيع الاستثمارات الأجنبية، ناهيك عن الفتن والاضطرابات التي شهدتها البلاد في بعض الفترات، وما إليها من العوامل، فإن التجارة لم تكن لها أهمية كبرى حيث تأثرت على العموم بالأحداث الداخلية والخارجية وبالسياسة التي كان المغرب ينهجها في هذا الإطار.

ولما فرضت عليه الحماية، تغيرت الأوضاع على مختلف الأصعدة، من ذلك أن سلطات الحماية عملت على تجهيز الموانئ وتوسيعها وإنشاء شبكة طرقية ومقاولات عامة لاستغلال الثروات المعدنية المغربية وإحداث المصارف[479] وما إليها من المشاريع والمنجزات التي كانت تخفي وراءها خطة التحكم في التجارة الداخلية والخارجية وتوجيهها على نحو يخدم مصالحها ويشبع أطماعها الاستعمارية.

والجدير بالملاحظة، أنه خلال هذه المرحلة من تاريخ المغرب بدأ عهد التنظيم والتقنين لأوجه النشاط التجاري ولعل من أبرز القوانين التي تم إصدارها ما يتعلق بالتجارة البرية[480] والبحرية[481] وبيع ورهن

479- أنظر في هذا الصدد:

- امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي: دراسة معمقة ونقدية في ضوء التشريع المغربي والتشريع المقارن ومعززة بأحكام وقرارات قضائية حديثة. الطبعة الأولى. سنة 1998، ص 9.

480- الصادر في 12 غشت 1913.

Scanné avec CamScanner

الأصل التجاري[482] وإنشاء المخازن العمومية[483] والملكية الصناعية[484] وغير ذلك[485].

وفي غمار حركة الكفاح من أجل إعادة البناء والتجديد بالمغرب كثفت الجهات المسؤولة جهودها لإصلاح ما خلفته الحماية من تركة لم تعد تليق بوطن حصل بعد نضال كبير على استقلاله، ومن أوجه مساعيها في هذا المضمار العمل على تحريره من التبعية قصد تطوير تجارته والدفع بها إلى مواكبة التغيرات التي يمر بها العالم بوتيرة سريعة[486].

وفي نفس التاريخ صدر قانون الالتزامات والعقود الذي يحتفظ بمكانته كشريعة عامة لقوانين الموضوع ومنها بطبيعة الحال القانون التجاري.

481- الصادر في 31 مارس 1919.

482- الصادر في 31 دجنبر 1914.

483- الصادر في 6 يوليوز 1915.

484- الصادر في 23 يونيو 1916.

485- أورد مجموعة أخرى من القوانين:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية. دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن. الجزء الأول: في النظرية العامة في قانون التجارة. والمحاكم التجارية. والتحكيم الوطني والدولي وقانون الأونسترال للأمم المتحدة. والنظرية العامة في المقاولة ومعايير التمييز الجديد. ومختلف أنواع المقاولات. الطبعة الأولى. سنة 2001. ص 69.

486- للمزيد من التوسع في هذا الجانب راجع:

- أحمد شكري السباعي، نفس المرجع المذكور في الهامش السابق، من ص 51 إلى ص 77.

وكذلك:

- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد. الجزء الأول: نظرية التاجر والنشاط التجاري: اكتساب صفة التاجر. التزامات التاجر وحقوقه. الأصل التجاري. ضوابط المنافسة التجارية. الملكية الصناعية. الطبعة الثالثة. سنة 2009. من ص 33 إلى ص 35.

- فريدة اليوموري، القانون التجاري: الأعمال التجارية والتاجر. الطبعة الأولى. سنة 2006. ص 14 وص 15.

Scanné avec CamScanner

-واختزالا للمحطات البارزة ذات الصلة بموضوعنا، نكتفي بالإشارة إلى أنه كان من أهم الأحداث التي تسجل للمغرب إبان التسعينات وما بعدها، انعقاد مؤتمر الكات بمدينة مراكش[487] الذي كان من نتائج أعماله التوقيع على الاتفاقية العامة حول الرسوم والتعريفة الجمركية[488]، واحتضان مدينة الدار البيضاء[489] للتظاهرة الاقتصادية الكبرى- التي تعد منعطفا في تاريخ منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا وحوض البحر الأبيض المتوسط- المتمثلة في مؤتمر القمة الاقتصادية حول الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، إضافة إلى حضور المغرب المؤتمر الأوروبي المتوسطي ببرشلونة بوصفه دولة تنتمي إلى المنطقة المتوسطية، وكذا توقيعه على اتفاقية الشراكة[490] ومصادقته

487- سنة 1994.

488- في سنة 1947 تم التوقيع على الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفة الجمركية (الكات) التي كان هدفها هو تحرير التجارة الدولية ووضع القواعد الكفيلة بتنميتها. وهكذا، ونتيجة لمخاض عسير من المفاوضات بين الدول، كان ميلاد منظمة التجارة العالمية (W.T.O : World Trade Organization) -الموجود مقرها بجنيف- التي تعتبر أول إطار مؤسساتي للتبادل الحر عالميا، علما أن الغاية من إحداثها لا تقف عند حد تحقيق حرية التجارة الدولية وإزالة القيود والعوائق التي تمنع تدفق حركتها، بل إن الأهداف التي رسمتها متعددة منها الاستغلال الأمثل للموارد الاقتصادية العالمية، وتشجيع حركة الإنتاج ورؤوس الأموال والاستثمارات وسهولة الوصول إلى أسواق السلع والخدمات والتقنيات ومصادر الموارد الأولية، وخفض الحواجز الجمركية وغيرها.
ومن المعلوم أنه في أبريل من سنة 1994 تم التوقيع على الاتفاقات التي جاءت بها هذه المنظمة بمدينة مراكش من قبل غالبية الدول العظمى عالميا في المجال التجاري.

489- سنة 1995.

490- سنة 1996.

Scanné avec CamScanner

على اتفاقية تنمية التبادل التجاري بين الدول العربية بهدف خلق منطقة تجارية حرة[491] في أفق خلق سوق عربية مشتركة.

كذلك كان من بين الإنجازات التي تمت على المستوى التشريعي في ظل عولمة الاقتصاد والانفتاح على الاقتصاد العالمي من خلال الشراكة مع الاتحاد الأوروبي والانضمام إلى منظمة التجارة العالمية وضع ترسانة قانونية حديثة قوامها خلق تشريع تجاري متطور يواثم تحولات العصر ويجاري التقدم العلمي والتكنولوجي، ويساهم في تشجيع الاستثمار الداخلي والخارجي ويقوي روح المنافسة فيما بين المؤسسات التجارية المختلفة ويدعم حرية التجارة والصناعة، في أجواء أصبح ينتشر فيها التوجه نحو عصرنة المؤسسات وتحديث القوانين كعامل أساسي من شأنه أن يساعد على اللحاق بركب التقدم.

أجل في هذا السياق، أفرزت الساحة التشريعية مجموعة من القوانين -يعز على أداة البحث أن تسوقها حصرا- نذكر منها على سبيل المثال، قانون الخوصصة[492] والقانون البنكي[493] والقوانين المتعلقة

491- وبالفعل بتاريخ 26 فبراير 1992 صدر الظهير الشريف رقم 1.91.131 بتنفيذ القانون رقم 58.90 المتعلق بالمناطق المالية الحرة-المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4142 في 18 مارس 1992. ص 379- الذي نص في المادة الأولى منه على أنه:
"تنشأ ببلدية مدينة طنجة منطقة مالية حرة يسمح فيها للبنوك وشركات إدارة محفظات الأوراق المالية وامتلاك المساهمات في مختلف المنشآت بامتلاك وممارسة أعمالها المحددة في هذا القانون.
وللسلطة التنظيمية أن تحدث وتحدد مناطق مالية حرة (offshore) في جهات أخرى من المملكة المغربية".

492- كان للتحولات الكبرى التي عرفها الاقتصاد المغربي منذ الثمانينات أثر حاسم في التعجيل بإصلاح السوق المالية لمواكبة المستجدات الناجمة على الخصوص عن إعادة هيكلة القطاع العمومي، والشروع في تنفيذ برنامج الخوصصة وما رافق ذلك كله من تحرير مجموعة من القطاعات وترك المجال للمبادرة الخاصة. وهكذا أصبحت الخوصصة مع حكومة التناوب منذ سنة 1993 وسيلة أساسية لتحقيق أهداف توازن الميزانية من خلال الحصول على مداخيل استثنائية والتقليص من المديونية الخارجية وكسب ثقة المؤسسات المالية الدولية.

بسوق القيم المنقولة[494] وقانون الاستثمار[495] وقانون الشركات[496] وغيره[497] والتي تكللت بخروج مدونة جديدة للتجارة إلى الوجود في

وقد تم تأطيرها قانونيا، بموجب الظهير الشريف رقم 1.90.01 الصادر بتاريخ 11 أبريل 1990 بتنفيذ القانون رقم 39.89 المأذون بموجبه تحويل منشآت عامة إلى القطاع الخاص.

وبتاريخ 13 ماي 1999 صدر الظهير الشريف رقم 1.99.131 بتنفيذ القانون رقم 34.98 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 39.89 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4692 بتاريخ 20 ماي 1999، ص1111.

493- بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.39.147، الصادر في 6 يوليوز 1993، المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4210، بتاريخ 7 يوليوز 1993، ص 1156.

494- عملا بالظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.211 الصادر في 21 شتنبر 1993 المتعلق ببورصة القيم. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4223 بتاريخ 6 أكتوبر 1993 . ص1882.

والظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.212 الصادر في 21 شتنبر 1993 المتعلق بمجلس القيم المنقولة وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتها. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4223 بتاريخ 6 أكتوبر 1993، ص 1890.

والظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.213 الصادر في 21 شتنبر 1993 المتعلق بالهيئات المكلفة بالتوظيف الجماعي للقيم المنقولة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4223 بتاريخ 6 أكتوبر 1993، ص 1895.

495- الظهير الشريف رقم 1.95.213 الصادر في 8 يونيو 1995 بتنفيذ القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4335 بتاريخ 29، نونبر 1995، ص 3030.

496-كان ذلك بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.96.124 الصادر في 30 غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996، ص 2320. والظهير الشريف رقم 1.97.49 الصادر في 13 فبراير 1997 بتنفيذ القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المحاصة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4438 بتاريخ فاتح ماي 1997، ص 1058.

Scanné avec CamScanner

497- عزز المشرع قانون الشركات بإصدار قانون يتعلق بالمجموعات ذات النفع الاقتصادي وذلك بموجب الظهير الشريف رقم 1.99.12 بتاريخ 5 فبراير 1999 بتنفيذ القانون رقم 13.97. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4678 في فاتح أبريل 1999 ص 679.

وهذه المجموعات ليست شركات بالمعنى الفني الدقيق لأن هدفها لا يتمثل في تحقيق أرباح لفائدتها، بل لأعضائها، وتروم تسخير كل الوسائل التي من شأنها تسهيل وتنمية النشاط الاقتصادي لهؤلاء، وتحسين أو إنماء نتائج هذا النشاط كإنشاء مقاولات للتصدير أو البحث عن الأسواق. وهي لئن كانت أقرب إلى الجمعية منها إلى الشركة، إلا أن ارتباطها مع ذلك بهذه الأخيرة يظل قويا.

كما أصدر بعد ذلك الظهير الشريف رقم 1.99.193 الصادر في 25 غشت 1999 بتنفيذ القانون رقم 10.98 المتعلق بتسنيد الديون الرهينة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 16 شتنبر 1999. ص 2270.

والظهير الشريف رقم 1.00.19 الصادر في 15 فبراير 2000 بتنفيذ القانون رقم 17.97، المتعلق بحماية الملكية الصناعية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000، ص 366، والظهير الشريف رقم 1.00.71 الصادر في 15 فبراير 2000 بتنفيذ القانون رقم 13.99 القاضي بإنشاء المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية. المنشور. بالجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000. ص 396-398.

والظهير الشريف رقم 1.00.225 الصادر في 5 يونيو 2000 بتنفيذ القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4810 في 6 يوليوز 2000، ص 1941.

والظهير الشريف رقم 1.02.238 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 نونبر 2002 ص 3105 -3149 المعدل بالظهير الشريف رقم 1.06.17 الصادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 39.05 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5399 بتاريخ 27 فبراير 2006 ص 525.528 المغير والمتمم بالظهير الشريف رقم 1.07.165 الصادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 03.07 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5588 بتاريخ 13 دجنبر 2007 ص 4066-4068.

والظهير الشريف رقم 1.02.188 الصادر في 23 يوليوز 2002 بتنفيذ القانون رقم 53.00 المتعلق بميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 غشت 2002، ص 2368.

Scanné avec CamScanner

والظهير الشريف رقم 1.03.194 في 11 شتنبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 8 دجنبر 2003، ص 3969.

والظهير الشريف رقم 1.05.178 الصادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006، ص 435.

والجدير بالملاحظة أن هذا القانون نسخ سابقه الصادر في 6 يوليوز 1993، الشيء الذي تنص عليه صراحة الفقرة 1 من المادة 149 منه بقولها إنه:

"تنسخ أحكام:

- الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.147 الصادر في 6 يوليوز 1993 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها.

- المواد 3 و22 و25 من القانون رقم 58.90 المتعلق بالمناطق المالية الحرة offshore والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.131 بتاريخ 26 فبراير 1992..."

وفي الفقرة الأخيرة بأنه:

تعوض الإحالات إلى أحكام الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون المشار إليه أعلاه رقم 1.93.147 بالإحالات إلى الأحكام المطابقة الواردة في هذا القانون".

كما نسخ الظهير الشريف الصادر في 14 فبراير 2006، بموجب الظهير الشريف رقم 1.14.193 الصادر في 24 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 في 22 يناير 2015، ص 462، الشيء الذي تنص عليه صراحة المادة 196 منه في فقرتها 1 بقولها:

"تنسخ أحكام:

- القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم1.05.178 بتاريخ 14 فبراير 2006".

والظهير الشريف رقم 1.08.95 الصادر في20 أكتوبر 2008 بتنفيذ القانون رقم 33.06 المتعلق بتسنيد الديون الرهنية المغير والمتمم للقانون رقم 35.94 المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول والقانون رقم 24.01 المتعلق بعمليات الاستحفاظ. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5684 بتاريخ 20 نونبر 2008 ص.4241. وما إليها من القوانين التي سترافقنا خلال هذه الدراسة مع التغييرات والتتميمات التي طالتها في سنوات لاحقة على صدورها.

فاتح غشت 1996[498] – لتحل محل القانون التجاري القديم لسنة 1913- التي كانت وراء صدورها عوامل مختلفة ومتعددة، منها تحفيز صندوق النقد الدولي للمغرب على إصلاح قانونه التجاري[499] الذي أضحت أغلبية نصوصه عاجزة عن مسايرة التطور الاقتصادي العالمي ومقتضيات العولمة، التي لا تسمح فقط بحرية انتقال السلع والبضائع ورؤوس الأموال، بل حتى القوانين تستفيد من هذه الحرية مخترقة بذلك حدود السيادة الضيقة للدول ورافعة بذلك شعارا جديدا هو أن عالم اليوم عبارة عن قرية صغيرة لا حدود ولا حواجز ولا قيود بين أطرافها.

وهكذا، جاءت المدونة في 736 مادة –لتنظم القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية والتجار[500] وتفصل في المسائل التجارية استنادا إلى قوانين وأعراف وعادات التجارة[501] أو إلى القانون المدني على أساس

498- بناء على الظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر بتنفيذه القانون رقم 15.95 بتاريخ فاتح غشت 1996- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 في 3 أكتوبر 1996، ص 2187- الذي جاء في المادة 733 منه ما يلي:
"إن أحكام هذا القانون تنسخ وتعوض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها حسبما وقع تغييرها أو تتميمها مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولاسيما أحكام النصوص الآتية:
- الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة القانون التجاري باستثناء المواد من 29 إلى 54 بإدخال الغاية ..."

499- علما أن هذا الإصلاح لم يكتس من حيث أبعاده طابعا شموليا، فمجموعة من مواد المنظومة التجارية ظلت خارج مدونة التجارة، وخاضعة من ثم لنصوص خاصة كما هو الأمر مثلا بالنسبة للكراء التجاري وحماية الملكية الصناعية وغيرها.

500- حسبما تنص عليه المادة 1 منها بقولها:
"ينظم هذا القانون القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية والتجار".

501- لعل أبرز خاصية تميز القانون التجاري عن غيره من فروع القانون الأخرى، كونه نشأ في بيئة مرجعيتها الأساسية الأعراف والعادات، ونقصد البيئة التجارية، التي بفضل ما تتسم به من مرونة وبساطة وسرعة وائتمان، أنتجت رصيدا غنيا وثروة مهمة من القواعد والمبادئ التي دأبت عليها الممارسة العملية.

Scanné avec CamScanner

الا تخالف قواعده المبادئ الأساسية للقانون التجاري[502]- وزعت على خمسة كتب تحتوي تباعا على المواضيع الآتية وهي التاجر[503] والأصل التجاري[504] والأوراق التجارية[505] والعقود التجارية[506] وأخيرا صعوبات المقاولة[507].

وفي إطار تنفيذ مخطط تزويد المملكة بمؤسسات قضائية - ينتظر منها فضلا عن أداء رسالتها النبيلة في تحقيق العدالة، المشاركة في التنمية والانخراط في مشروع ترسيخ مقومات الحكامة - أحدثت الدولة نموذجا من المحاكم المتخصصة في 12 فبراير 1997[508] عززت به

وعلى الرغم من عملية التدوين التي تناولت الأعراف والعادات التجارية فصاغت منها قانونا يدعى "بالقانون التجاري" وعلى الرغم أيضا من تزايد النشاط التشريعي في هذا الإطار واهتمامه بالحياة التجارية في سياق تطورات العصر، فإن العرف ظل محتفظا بمكانته البارزة في كنف العديد من نصوصه، وتعد البيوع البحرية والاعتمادات المستندية مثالا بارزا على القواعد العرفية التي تم تقنينها في مجال التجارة الدولية.

هذا، وقد أشارت مدونة التجارة إلى موقع العرف لديها كمصدر آخر من مصادرها في المادة الثانية منها - ذاهبة -في المادة الثالثة منها- إلى أنه ترجح الأعراف والعادات الخاصة والمحلية على الأعراف والعادات العامة، ولا غرابة في ذلك فهو مصدر شعبي أصيل يتصل مباشرة بالجماعة ويؤلف وسيلتها النظرية لتنظيم تفاصيل معاملاتها التي يتعذر على التشريع أحيانا أن يتناولها.

502- ورد في المادة 2 منها أنه:

"يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف التجارة أو بمقتضى القانون المدني، ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

503- أنظر المواد من 1 إلى 78.

504- أنظر المواد من 79 إلى 158.

505- أنظر المواد من 159 إلى 333.

506- أنظر المواد من 334 إلى 544.

507- أنظر المواد من 545 إلى 732.

وتتضمن المواد من 733 إلى 736 الأحكام الختامية.

508- تطبيقا للظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر في 12 فبراير 1997 بتنفيذ القانون رقم 53.95 المحدث للمحاكم التجارية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 في 15 ماي 1997، ص 1441. كما صدر المرسوم رقم 2.97.771 في 28 أكتوبر 1997

الخريطة القضائية ببلادنا: إنها المحاكم التجارية بدرجتيها الأولى والثانية، كجهة تساهم في النظر في النزاعات التجارية الداخلة في اختصاصها بموجب القانون.

كما أن التحولات التي شهدتها الساحة داخليا في السنوات الأخيرة تطلبت وضع سياسة تشريعية مندمجة، وذلك من خلال تبني آليات تكفل مواكبة المستجدات الدولية التي أضحت حاجة ملحة من أجل إرساء مرتكزات تأهيل الحقل القانوني بالمغرب، وإحداث مرصد وطني للتتبع القانوني والاحتكام إلى الحكامة التشريعية كمطلب ضروري لتحقيق التنمية.

وفي وقت أصبح فيه المغرب يسعى إلى فتح أوراش التأهيل الاقتصادي والاجتماعي من أجل الاستجابة لرهانات التنمية ورفع تحديات العولمة والمنافسة، وفتح المجال أمام الاستثمار الوطني والأجنبي في القطاع الخاص اعتبارا لأهمية الدور المنوط به في بناء اقتصاد قوي، كثف السلطات المختصة جهودها من أجل إعداد وتفعيل الإجراءات المرتبطة بالإصلاحات القانونية والمؤسساتية لاسيما في مجال الأعمال وحكامة المقاولات، إلا أن الواقع العملي كشف في مناسبات مختلفة عن العديد من الاختلالات على هذا المستوى:

فمثلا بالنسبة لمحيط الأعمال، تم تسجيل النسبة العالية من الشركات الصغرى والمتوسطة العائلية، داخل النسيج الاقتصادي الوطني، مما ينعكس على طرق تدبيرها، وتنامي الاقتصاد غير المهيكل كظاهرة بنيوية تؤثر على التنمية واتساع دائرة الاحتكار وضعف المنافسة، وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية على الاستثمار الداخلي والخارجي، وانتشار اقتصاد الريع وتنوع أشكاله وغير ذلك.

بشأن تحديد عدد المحاكم التجارية ومحاكم الاستئناف التجارية ومقارها ودوائر اختصاصها- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4532 بتاريخ 6 نونبر 1997، ص 4194- الذي أسندت مهمة تطبيقه إلى السيد وزير العدل.

Scanné avec CamScanner

وفيما يتعلق بالمقاولة الخاصة، أبانت التقارير عن عدد من الاختلالات التي تعيق الحكامة الداخلية للمقاولات، منها ضعف شفافية العلاقة بين مجلس الإدارة والمساهمين وغياب جودة التنظيم والتدبير الإداري وما إليهما.

وكما لا يخفى فإن تلك الاختلالات التي تم رصدها منذ سنوات مضت[509] والتي جعلت المغرب يصنف في مرتبة غير مرضية في مجال ممارسة الأعمال، دفعت بالسلطات العمومية إلى القيام بإصلاحات قانونية وتنظيمية من أجل تحسين مناخ الأعمال وحكامة المقاولات المغربية ورفع قدرتها التنافسية.

واعتبارا لأهمية المقاولات الصغرى والمتوسطة[510] في النسيج الاقتصادي بالمغرب، وذلك من حيث مساهمتها الإيجابية في النمو الاقتصادي وفي إحداث مناصب الشغل والتنمية الجهوية والمحلية، فإن السلطات العامة تدخلت عن طريق نهج سياسة جديدة ترتكز على بناء الإطار المؤسساتي للنهوض بها، إلى جانب تقديم الدعم اللازم لها سواء على مستوى التكوين والتمويل أو على مستوى البنيات الأساسية والتشجيع الضريبي على الاستثمار.

509- التي أوردنا منها بعض الأمثلة فقط.

510- المقاولات الصغرى والمتوسطة هي كل مقاولة يقوم مباشرة بتسييرها أو إدارتها أو هما معا، الأشخاص الطبيعيون المالكون لها أو الملاك الشركاء أو المساهمون فيها، إذا كان رأسمالها أو حقوق التصويت فيها غير مملوكة بنسبة تفوق 25% من لدن مقاولة أو عدة مقاولات لا ينطبق عليها تعريف المقاولة الصغرى والمتوسطة ويمكن تجاوز هذا السقف إذا كانت المقاولة مملوكة من لدن صناديق جماعية للاستثمار أو شركات استثمار في رأس المال أو هيئات رأسمال المجازفة أو الهيئات المالية المؤهلة قانونا لالتماس التوفير لدى العموم قصد القيام بتوظيفات مالية، بشرط ألا تمارس هذه المؤسسات بصفة فردية أو مشتركة أية مراقبة على المقاولة.

Scanné avec CamScanner

وفي هذا الصدد، تم وضع القانون رقم 53.00 المتعلق بميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة[511] الذي أحدثت بموجبه الوكالة الوطنية للنهوض بالمقاولات الصغرى والمتوسطة في شكل مؤسسة عمومية تخضع لوصاية الدولة وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تتولى من بين المهام المنوطة بها، المساهمة في تنفيذ سياسة الدولة في إطار دعم هذه المقاولات بتنسيق مع القطاعات الوزارية المعنية، والقيام من خلال مساعدتها التقنية بتشجيع برامج النهوض بإنشائها، وتقديم الخبرة والتكوين في مجال تسييرها وإدارتها.

ومن أجل ترسيخ قواعد الحكامة لدى المقاولة، تم تكوين لجنة وطنية متخصصة سنة 2007 بادرت إلى إعداد ونشر مدونات ومواثيق بشأن الممارسات الجيدة لحكامة المقاولات تتمثل في:

- المدونة المغربية للمعاملات الجيدة وحكامة المقاولات المؤرخة في مارس من سنة 2008.
- مدونة حكامة المقاولات المتوسطة والصغيرة والمقاولات العائلية المؤرخة في دجنبر من نفس السنة.
- مدونة الحكامة الجيدة للمؤسسات المالية الصادرة سنة 2010.
- مدونة حكامة المؤسسات العمومية الصادرة سنة 2011.
- الميثاق المغربي للممارسات الجيدة لحكامة المنشآت والمؤسسات العامة الصادر سنة 2012.

كما شكلت الحكومة اللجنة الوطنية لمناخ الأعمال في دجنبر 2009 كي تتولى دراسة مناخ الأعمال وتسهر على تفعيل التدابير الكفيلة بتحسينه، من خلال تبسيط المساطر المعتمدة لإحداث المقاولات الصغيرة، وتحديث القانون المنظم للأعمال، وتسهيل شروط تصفية النزاعات، إلى جانب إنشاء المعهد المغربي للمدراء في يونيو 2010.

511 – الظهير الشريف رقم 1.02.188 الصادر في 23 يوليوز 2002 بتنفيذ القانون رقم 53.00 المتعلق بميثاق المقاولات الصغرى والمتوسطة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 في 19 غشت 2002، ص 2368.

Scanné avec CamScanner

ورغم الجهود المبذولة والآليات المحدثة بهدف تطوير الحكامة الجيدة للمقاولات، فإنها لم ترق إلى درجة القضاء على سائر الاختلالات التي تحيط بالمناخ العام للأعمال والتي شخصتها التقارير الدولية لاسيما تقرير البنك الدولي حول التنمية بمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا لسنة 2009 كما يلي:

- صعوبة تفعيل المنافسة في ظل وجود تضارب كبير في المصالح؛
- محدودية ثقافة الخدمة العادلة والفاعلة للأعمال لدى المؤسسات العامة المتعاملة مع القطاع الخاص؛
- غياب معايير الجودة القانونية؛
- غياب النشر المنتظم للمعلومات حول صفقات الخوصصة؛
- محدودية استقلالية مجلس المنافسة وغير ذلك[512].

وتعزيزا لاستقلالية هذا المجلس، جاء الفصل 166 من دستور 29 يوليوز 2011 لينص على أن مجلس المنافسة يعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، ومكلفة في إطار تنظيم منافسة

512- راجع بهذا الخصوص:

- التقرير السنوي الأول للمجلس الاقتصادي والاجتماعي عن حصيلة عمله برسم سنة 2011 الذي تمت المصادقة عليه من طرف الجمعية العامة بتاريخ 28 يونيو 2012 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6162 بتاريخ 20 يونيو 2013. ص 4709.

ومن المعلوم، أنه بتاريخ 31 يونيو 2014 صدر الظهير الشريف رقم 1.14.124 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 128.12 المتعلق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6282 بتاريخ 14 غشت 2014. ص 6370- الذي من بين المهام التي يضطلع بها - كما تنص على ذلك المادة 2 منه- الإدلاء برأيه في التوجهات العامة للاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة وفي جميع القضايا الأخرى ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والبيئي المتعلقة بالجهوية المتقدمة، وتحليل الظرفية وتتبع السياسات الاقتصادية والاجتماعية الوطنية والجهوية والدولية وانعكاساتها، علاوة على تقديم الاقتراحات في هذه الميادين وتيسير وتدعيم التشاور والتعاون بين الفرقاء الاقتصاديين والاجتماعيين والمساهمة في بلورة ميثاق اجتماعي، وإنجاز الدراسات والأبحاث في المجالات المرتبطة بممارسة صلاحياته.

Scanné avec CamScanner

حرة ومشروعة، بضمان الشفافية والإنصاف في العلاقات الاقتصادية من خلال تحليل وضبط وضعية المنافسة في الأسواق ومراقبة الممارسات المنافية لها وعمليات التركيز الاقتصادي والاحتكار.

كما جاءت المادة الثانية من القانون رقم 20.13 الصادر في 30 يونيو 2014 المتعلق بمجلس المنافسة[513] لتؤكد الطابع التقريري لهذا المجلس في ميدان محاربة الممارسات المنافية لقواعد المنافسة ومراقبة عمليات التركيز الاقتصادي حسبما هي معرفة في القانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة[514] وكذا طابعه الاستشاري وإصدار دراسات بشأن المناخ العام للمنافسة قطاعيا ووطنيا.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإننا بالنظر إلى موضوع هذه الدراسة، لا يمكن أن نغض الطرف عن الدور الذي تلعبه بعض المؤسسات العمومية في إنماء وتأهيل قطاع التجارة والصناعة والخدمات[515] التي تتمثل في غرف التجارة والصناعة والخدمات، من خلال المهام التي سطرها لها المشرع، والتي تكتسي طابعا تمثيليا واستشاريا إلى جانب وظيفتها المتعلقة بالدعم والترويج.

513- الظهير الشريف رقم 1.14.117 الصادر في 30 يونيو 2014 بتنفيذ القانون رقم 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6276 بتاريخ 24 يوليوز 2014. ص 6095.

514 – الظهير الشريف رقم 1.14.116 الصادر في 30 يونيو 2014 بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6276 بتاريخ 24 يوليوز 2014. ص 6077.

515- إن غرف التجارة والصناعة والخدمات، عبارة عن مؤسسات عمومية ذات طابع مهني، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتتوفر على أملاك عقارية ومنقولة، وعلى الأهلية للتقاضي والتنازل وإبرام الصلح في النزاعات التي تكون طرفا فيها كمدعية أو مدعى عليها، وتخضع لوصاية الدولة -الرامية إلى تقيدها بأحكام نظامها الأساسي وتطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمؤسسات العمومية- والمراقبة المالية للدولة.

Scanné avec CamScanner

وتحدث هذه الغرف لتمثيـل مهنيـي القطاعـات المذكـورة لدى السلطـات العمومية المحلية والإقليمية والجهوية والوطنية، وكذا لـدى المنظمات والمؤسسات الدولية العاملة في المجالات المرتبطة بمهامهـا تلك المهام التي كلفها بأدائها المشرع.

وهي وفق ما أشرنا إليه أعلاه، مهام تمثيلية - من ذلك تمثيل المصالح العامة للمهنيين في دائرة نفوذها الترابي والدفاع عنها، وربط الصلة بين المهنيين المغاربة ونظرائهم الأجانب والمنظمات الدولية والوطنية العاملة في المجالات المتعلقة بمهامها...- واستشارية -بحيث تستشيرها الحكومة مثلا في مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالقطاعات المهنية التي تمثلها، وفي إحداث مخازن عامة ومستودعات وقاعات عمومية للبيع بالمزاد العلني للسلع، وتستشيرها بشأن التدابير الرامية إلى تبسيط المساطر الإدارية المرتبطة بالمقاولة كذلك يجب على السلطات الإدارية المحلية والجماعات الترابية أن تستشيرها حول إعداد مخططات التهيئة التجارية وإحداث مناطق صناعية وتجارية ومناطق حرة...- إلى جانب مهام الدعم والترويج - كإحداث مراكز للتحكيم والوساطة التجارية، وإحداث خدمات تسمح بتشجيع الاستثمار وإنعاش الاقتصاد المحلي والوطني...- ناهيك عن أن هذه الغرف مؤهلة لتسلم الوثائق المطلوبة من قبل الصناع والتجار ومتعهدي الخدمات لأجل استعمالها داخل المغرب وخارجه، لاسيما شهادات المنشأ بالنسبة للسلع المراد تصديرها، وكذا البطائق المهنية.

كما يمكنها أن تؤسس أو تسير فـي دائـرة نفوذهـا - شـريطة موافقـة السـلطة الحكوميـة المختصـة- مجموعـات ذات النفـع العـام، لاسيما مؤسسات التأهيل وإعـادة التأهيـل ومراكـز الأعمـال والسمسرة وغير ذلك[516].

516- راجع على التوالي المواد: 1 و 3 و 4 و 5 و 7 و 8 من الظهير الشريف رقم 1.13.09 الصادر في 21 فبراير 2013 بتنفيذ القانون رقم 38.12 المتعلق بالنظام الأساسي لغرف التجارة والصناعة والخدمات-المنشور بالجريدة الرسمية عدد

ونظرا للالتزامات التي تفرضها بعض الهيئات والمنظمات الدولية على المغرب من أجل تحسين مناخ الأعمال تشجيعا للاقتصاد الوطني وجلب الاستثمار الأجنبي وتبسيط المساطر الإدارية، تدخل المشرع في السنوات الأخيرة عن طريق وضع ترسانة من القوانين تهم هذا المجال نذكر منها حسب سياقها التاريخي: القانون رقم 44.12 الصادر بتاريخ 28 دجنبر 2012 المتعلق بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية والهيئات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتها[517] والقانون رقم 43.12 الصادر في 13 مارس 2013 المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميل[518] والقانون رقم 05.14 الصادر في 22 غشت 2014 المتعلق بتسنيد الأصول[519] والقانون رقم 18.14 الصادر في 22 غشت 2014 الرامي إلى تغيير وتتميم عنوان الكتاب الخامس والمادة 546 من القانون رقم 15.95[520] والقانون رقم 18.12

6136. بتاريخ 21 مارس 2013. ص 2596– المغير والمتمم بموجب الظهير الشريف رقم 1.15.95 الصادر في 3 غشت 2015 بتنفيذ القانون رقم 62.15. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6383 مكرر في 4 غشت 2015. ص 6884.

517– الظهير الشريف رقم 1.12.55 الصادر في 28 دجنبر 2012 بتنفيذ القانون رقم 44.12 المتعلق بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية والهيئات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتها. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6120 بتاريخ 24 يناير 2013. ص1400.

518– الظهير الشريف رقم 1.13.21 الصادر في 13 مارس 2013 بتنفيذ القانون رقم 43.12 المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميل. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6142 بتاريخ 11 أبريل 2013. ص3157.

519– الظهير الشريف رقم 1.14.143 الصادر بتاريخ 22 غشت 2014 بتنفيذ القانون رقم 05.14 المغير للقانون رقم 33.06 المتعلق بتسنيد الأصول. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6290 في 11 شتنبر 2014. ص 6813.

520– الظهير الشريف رقم 1.14.146 الصادر في 22 غشت 2014 بتنفيذ القانون رقم 18.14 الرامي إلى تغيير وتتميم عنوان الكتاب الخامس والمادة 546 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 بتاريخ فاتح غشت 1996. المنشور بالجريدة عدد 6291 في 15 شتنبر 2014. ص 6882.

Scanné avec CamScanner

الصادر في 29 دجنبر 2014 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل[521] والقانون رقم 68.12 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 44.10 المتعلق بصفة القطب المالي للدار البيضاء[522] والقانون رقم 114.13 الصادر في

[521]- الظهير الشريف رقم 1.14.190 الصادر في 29 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015. ص 489.

وعلاقة بالموضوع صدرت مجموعة من القرارات الوزارية الخاصة بحوادث الشغل والأمراض المهنية، ويتعلق الأمر بالقرارات الآتية:

- قرار لوزير التشغيل والشؤون الاجتماعية رقم 1137.15 الصادر في 11 دجنبر 2015 بتحديد النماذج المنصوص عليها في المواد 15 و 17 و 25 و 145 و180 من القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الشغل.المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6447 بتاريخ 14 مارس 2016، ص 1305.

- قرار لوزير التشغيل والشؤون الاجتماعية رقم 1138.15 الصادر في 11 دجنبر 2015 بتحديد نموذج الشهادة التي يسلمها المشغل للمصاب بحادثة الشغل أو لذوي حقوقه أو من يمثلهم. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6447 بتاريخ 14 مارس 2016. ص 1316.

- قرار لوزير التشغيل والشؤون الاجتماعية رقم 2610.15 الصادر في 11 دجنبر 2015 بتحديد لائحة الوثائق والمستندات التي يمكن طلبها من طرف المقاولة المؤمنة للمشغل. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6447 بتاريخ 14 مارس 2016. ص 1333.

[522]- الظهير الشريف رقم 1.14.93 الصادر في 12 ماي 2014 بتنفيذ القانون رقم 68.12 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 44.10 المتعلق بصفة القطب المالي للدار البيضاء- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6264 بتاريخ 12 يونيو 2014. ص 4894- والمرسوم رقم 2.15.603 الصادر في 16 مارس 2016 بتغيير وتتميم المرسوم رقم 2.11.323 الصادر في 6 شتنبر 2011 بتطبيق القانون رقم 44.10 المتعلق بصفة القطب المالي للدار البيضاء. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6451 بتاريخ 28 مارس 2016 ، ص2798.

والقطب المالي للدار البيضاء، عبارة عن منطقة مالية يتم تحديد مجالها بنص تنظيمي، يسمح فيها للمقاولات المالية وغير المالية بمزاولة أنشطتها الإقليمية أو الدولية كما هي مبينة في المواد من 6 إلى 10 من القانون المشار إليها أعلاه، وذلك من أجل تمكين منطقة الدار البيضاء من الاستفادة من تدابير كفيلة بضمان الجاذبية والتنافسية على الصعيدين الإقليمي والدولي.

Scanné avec CamScanner

19 فبراير 2015 المتعلق بنظام المقاول الذاتي[523] والقانون رقم 78.12 الصادر في 29 يوليوز 2015 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 17.95

وتهدف أهم مقتضيات هذا القانون، إلى توسيع مجال الأنشطة المؤهلة للحصول على صفة "القطب المالي للدار البيضاء" ليشمل مقدمي خدمات الاستثمار والشركات ذات الأنشطة المتعلقة بتدبير المحافظ، وبصفة عامة الخدمات ذات الصلة بهذا التدبير بما في ذلك توزيع الأموال والبحث في مجال تدبيرها، ومراجعة شروط الاستفادة من هاته الصفة، فضلا عن إلزام المؤسسات التي تطلب اكتساب صفة القطب المالي للدار البيضاء على دفع عمولة لفائدة الهيئة المكلفة بهذا القطب عن وضع طلباتها وعمولة سنوية تدفع من قبل المؤسسات المستفيدة من هذه الصفة، وإجبار هذه الأخيرة بالالتزام بمدونة أخلاقية.

523- الظهير الشريف رقم 1.15.06 الصادر في 19 فبراير 2015 بتنفيذ القانون رقم 114.13 المتعلق بنظام المقاول الذاتي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6342 بتاريخ 12 مارس 2015، ص 1593.

والمقاول الذاتي حسب المادة 1 من هذا القانون، هو كل شخص ذاتي يزاول بصفة فردية نشاطا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو يقدم خدمات، ولا يتجاوز رقم الأعمال السنوي المحصل عليه 500.000 درهم إذا كان النشاط الذي يمارسه يندرج ضمن الأنشطة الصناعية أو التجارية أو الحرفية، و 200.000 درهم إذا كان نشاطه يندرج في إطار تقديم خدمات.

وإلى جانب هذا القانون، صدر المرسوم رقم 2.15.257 في 10 أبريل 2015 بتحديد تكوين وكيفيات سير اللجنة الوطنية للمقاول الذاتي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6353 بتاريخ 20 أبريل 2015، ص 3973.

وكذا:

- القرار المشترك لوزير الاقتصاد والمالية ووزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي رقم 1809.15 الصادر في فاتح يونيو 2015 بتحديد نموذج طلب التسجيل في السجل الوطني للمقاول الذاتي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6371 بتاريخ 22 يونيو 2015، ص 5893.

- القرار المشترك لوزير الاقتصاد والمالية ووزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي رقم 1810.15 الصادر في فاتح يونيو 2015 بتحديد أجل دراسة الطلبات ومنح شهادة التسجيل بالسجل الوطني للمقاول الذاتي وتسليم بطاقة المقاول الذاتي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6371 بتاريخ 22 يونيو 2015، ص 5895.

المتعلق بشركات المساهمة[524] والقانون رقم 127.12 الصادر في 4 غشت 2015 المتعلق بتنظيم مهنة محاسب معتمد وبإحداث المنظمة المهنية للمحاسبين المعتمدين[525] والقانون رقم 91.14 الصادر في 2 مارس 2016 المتعلق بالتجارة الخارجية[526] والقانون رقم 59.13 الصادر في 25 غشت 2016 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة

[524] – الظهير الشريف رقم 1.15.106 الصادر في 29 يوليوز 2015 بتنفيذ القانون رقم 78.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6390 بتاريخ 28 غشت 2015، ص 7416 مكرر.

وتنص المادة 1 من هذا القانون على أنه :

"تغير وتتمم على النحو التالي أحكام المواد 7 و 9 و 12 و 34 و 41 و 42 و56 و 57 و 58 و 72 و 90 و 96 و 97 و 102 و 116 و 121 و 122 و 136 و 141 و 153 و 154 و 158 و 161 و 179 مكررة و 197 و 222 و 248 و 279 و 280 و 281 و 357 و 420 من القانون رقم 17.95".

[525] – الظهير الشريف رقم 1.15.111 الصادر في 4 غشت 2015 بتنفيذ القانون رقم 127.12 المتعلق بتنظيم مهنة محاسب معتمد وبإحداث المنظمة المهنية للمحاسبين المعتمدين. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6388 بتاريخ 20 غشت 2015، ص 7144.

والمحاسب المعتمد –وفقا للمادة 1 من هذا القانون– هو من تكون مهنته الاعتيادية مسك محاسبات المقاولات والهيئات التي تلجأ إلى خدماته والتي لا يرتبط معها بعقد عمل، وتجميع تلك الحسابات وفتحها وحصرها وتتبعها وتصحيحها؛ ويمكنه كذلك أن يقوم بتحرير النظم المحاسبية وتنظيمها وفتح المحاسبات ومسكها وتقويمها ومركزتها وتتبعها وحصرها، وإبداء المشورة والقيام بالأعمال ذات الطابع القانوني والضريبي والاقتصادي والمالي والتنظيمي والمتعلقة بنشاط المقاولات والهيئات.

ويجب على المقاولات التي لا تتوفر على محاسب أجير أن تلجأ إلى خدمات خبير محاسب أو محاسب معتمد لمسك محاسبتها؛ وتستثنى من هذا الإطار الشركات الصغيرة والصغيرة جدا –كما تم تعريفها في إطار القوانين الجاري بها العمل– والتي تستفيد من خدمات مراكز تدبير المحاسبة المعتمدة التابعة لغرف التجارة والصناعة والخدمات.

[526] – الظهير الشريف رقم 1.16.25 الصادر في 2 مارس 2016 بتنفيذ القانون رقم 91.14 المتعلق بالتجارة الخارجية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6450 بتاريخ 24 مارس 2016. ص2763.

Scanné avec CamScanner

التأمينات[527] والقانون رقم 49.15 الصادر في 25 غشت 2016 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة وسن أحكام خاصة بآجال الأداء[528] والقانون رقم 19.14 الصادر في 25 غشت 2016 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي[529] والقانون رقم 46.12 الصادر في 27 أبريل 2016 المتعلق بتغيير وتتميم الملحق الأول من الظهير الشريف الصادر في 31 مارس 1919 بمثابة مدونة التجارة البحرية[530] والقانون رقم 49.16 الصادر في 18 يوليوز 2016 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي[531] ومشروع القانون رقم 04.15 الصادر في دجنبر 2014 المتعلق بالنظام الأساسي لبنك المغرب[532].

[527] – الظهير الشريف رقم 1.16.129 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 59.13 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 19 شتنبر 2016. ص6649.

[528] – الظهير الشريف رقم 1.16.128 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 49.15 بتغيير وتتميم القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة وسن أحكام خاصة بآجال الأداء. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 في 19 شتنبر 2016. ص 6647.

[529] – الظهير الشريف رقم 1.16.151 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 19.14 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 19 شتنبر 2016. ص 6681.

[530] – الظهير الشريف رقم 1.16.47 الصادر في 27 ابريل 2016 بتنفيذ القانون رقم 46.12 المتعلق بتغيير وتتميم الملحق الأول من الظهير الشريف الصادر في 31 مارس 1919 بمثابة مدونة التجارة البحرية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6466 بتاريخ 19 ماي 2016. ص 3838.

[531] – الظهير الشريف رقم 1.16.99 الصادر في 18 يوليوز 2016 بتنفيذ القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 11 غشت 2016. ص 5857- الذي جاء لتحقيق نوع من التوازن بين استقرار المكتري والحفاظ على الملكية العقارية للطرف المكري.

وللإشارة، فإن المادة 35 من هذا القانون تنص على اختصاص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون، واختصاص المحاكم الابتدائية-

وعلى العموم، فإن دراستنا للعقود التجارية بما فيها البنكية ستكون على الشكل التالي:

أي الأقسام المتخصصة في القضايا التجارية- طبقا للقانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

532- في إطار الإصلاحات الهيكلية الهادفة إلى تحديث النظام البنكي وضمان الاستقرار المالي من أجل مواكبة اندماج الاقتصاد المغربي في المحيط الدولي جاء هذا المشروع بمقتضيات جديدة، ونص صراحة على نسخ أحكام القانون رقم 76.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.05.38 المؤرخ في 23 نونبر 2005 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب.

مبحث تمهيدي
الإطار المفاهيمي والموضوعي للعقد التجاري

مما لا شك فيه أن معظم معاملات التجار سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين تتم عن طريق العقود التي ما فتئت تؤكد أهميتها الحيوية ودورها الفعال ليس فقط على مستوى التجارة الداخلية، ولكن على صعيد التجارة الدولية أيضا.

وإذا كانت العقود المدنية قد استقطبت عناية التشريعات المقارنة فعملت على صياغتها في مدوناتها المدنية[533] فإنها تدخلت بدرجات متفاوتة من أجل تنظيم العقود التجارية في قوانينها التجارية[534] نستحضر منها في هذا المقام مثلا قانون التجارة المصري الذي أولى عنايته للعقود التي تعرفها الممارسة بكثرة، كعقد نقل التكنولوجيا[535]

533- من المعلوم بالنسبة للتشريع المغربي، أن قانون الالتزامات والعقود صدر بتاريخ 12 غشت 1913، مشتملا على 1250 فصلا وزعت على كتابين يتعلق أحدهما بالالتزامات بوجه عام، بينما يخص الثاني مختلف العقود المسماة وأشباه العقود التي ترتبط بها، من بيع، ومعاوضة، وإجارة، ووديعة، وعارية، ووكالة وغيرها من العقود الشائعة التداول، وقد أدخلت عليه في السنوات الأخيرة تعديلات جوهرية بواسطة مجموعة من القوانين.

534- إن ما يبرز التفرقة بين العقود المدنية والتجارية، ومن ثم دراسة هذه العقود على حدة، هو ذلك الجو الخاص الذي تتميز به العلاقات التجارية على وجه العموم، فلا يكاد العقد المدني العادي يدخل هذا الجو الخاص، حتى يصطبغ بلون الحياة التجارية دون أن يتغير جوهره أو تتبدل طبيعته الداخلية.
- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري. الجزء الأول: الأعمال التجارية. التجار. المتجر العقود التجارية. الطبعة الأولى. سنة 2005. ص 258.

535- إن عقد نقل التكنولوجيا -بالنسبة للتشريعات التي تنظمه ومنها قانون التجارة المصري- هو اتفاق بمقتضاه يتعهد مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل، معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات غير أنه لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا، مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع

Scanné avec CamScanner

العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها، ما لم يرد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به.

أما بالنسبة المغرب، فمنذ سنوات مضت، كان قد اقترح مشروع قانون نظم بموجبه عقد نقل التكنولوجيا- يتألف من 17 مادة- إلا أنه لم ير النور إلى يومنا هذا.

وكانت المادة 1 منه تنص على أنه:

"1- تسري أحكام هذا القانون على كل عقد لنقل التكنولوجيا لاستخدامها في المملكة المغربية سواء كان هذا النقل دوليا يقع عبر الحدود الإقليمية للمغرب أم داخليا. ولا عبرة في الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمكان إقامتهم.

2- كما تسري أحكام هذا القانون على كل عقد آخر تم تصنيفه نقلا للتكنولوجيا".

أما المادة 3 فعرفته كالآتي:

أ- عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه مصدر التكنولوجيا بأن ينقل المعرفة الفنية إلى متلقي التكنولوجيا لاستعمالها في إنتاج السلع أو تطويرها، أو لتطبيق طريقة صناعية أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لأداء خدمات.

ب- ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا، مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها، إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطا به.

ج- ويعد نقلا للتكنولوجيا على وجه الخصوص ما يلي:

- البيع أو الترخيص لجميع أشكال الملكية الصناعية باستثناء العلامة التجارية أو الصناعية أو علامات الخدمة أو الأسماء التجارية، ما لم تكن جزءا من صفقات نقل التكنولوجيا.

- توفير المعرفة العملية والخبرة الفنية، خاصة في شكل دراسات جداول وخطط ورسوم بيانية ونماذج ومواصفات وتعليمات ووصفات تركيب وتصميمات هندسية أساسية وتفصيلية.

- خدمات المتخصصين في تقديم الاستشارة الفنية الإدارية وتدريب العاملين.

- الخدمات الخاصة بتشغيل وإدارة المؤسسات وبرامج الحاسوب الآلي.

- تقديم المساعدة الفنية في جميع المجالات".

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن نقل التكنولوجيا يرد على نقل معلومات فنية لاستعمالها في إنتاج السلع وفي تطبيق طريقة فنية أو تقديم خدمات وإدارة مشاريع اقتصادية، وجوهره هو العنصر المعنوي الذي يتمثل في حقوق الاختراع وحق المعرفة الفنية والمعلومات والخدمات الفنية، وخاصيته الأساسية اتسامه بالطابع الدولي.

Scanné avec CamScanner

والرهن التجاري، والوكالة التجارية، والوكالة بالعمولة، والسمسرة والنقل وغيره، إلى جانب العقود البنكية. وكذلك المجلة التجارية التونسية التي أفردت كتابها الخامس للعقود البنكية والعقود التجارية الأخرى[536] ولم تحد عن هذا المنحى مدونة التجارة المغربية، التي وإن لم تلتفت إلى بعض العقود التجارية المهمة كالترخيص التجاري، والاعتماد المستندي، والبيع التجاري[537] إلا أنها في المقابل نظمت أبرز العقود التجارية، حيث عالجت معظمها في الكتاب الرابع وتناولت بعضها في الكتاب الثاني في حين تركت البعض الآخر لتتولاه نصوص خاصة[538].

536- أنظر في ذلك:

- عبد الرحيم بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، طبعة سنة 2009. ص 271. سلسلة الدراسات والأبحاث. العدد 8. فبراير 2009.

537- وذلك على عكس قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 الذي خصص فصلا للبيع التجاري -أي المواد من 88 إلى 118 منه- تناول ضمنه بعض الأنواع من البيوع التجارية، كالبيع بالتقسيط، والبيع بطريق التصفية أو المزايدة العلنية، ثم عقد التوريد.

538- كالتأمين مثلا الذي يستقل بتنظيمه الظهير الشريف رقم 1.02.238 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 17.99. المتعلق بمدونة التأمينات -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2001، ص 3105- الذي خصص الكتاب الأول من هذه الأخيرة لعقد التأمين، علما أنه عدل بالظهير الشريف رقم 1.06.17 الصادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 39.05 -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5399 بتاريخ 27 فبراير 2006. ص 525- المغير والمتمم بالظهير الشريف رقم 1.07.165 الصادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 03.07 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5588 بتاريخ 13 دجنبر 2007. ص 4066. وغير وتمم بموجب القانون رقم 59.13 الصادر في 25 غشت 2016.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن التأمين بالأقساط الثابتة -أي التأمين الذي يمارسه المؤمن متخذا كإطار قانوني مناسب له شكل شركة مساهمة، وهي شركة تجارية شكلية تخضع لقواعد وأعراف التجارة بقوة القانون بمجرد تأسيسها على وجه قانوني سليم بغض النظر عن غرضها وذلك من أجل ضمان مخاطر برية أو بحرية أو جوية في مقابل أقساط محددة يستوفيها المؤمن- يعتبر من بين الأنشطة

Scanné avec CamScanner

وفيما يتعلق بدراستنا لهذا المبحث التمهيدي، فإنها ستنصب على إبراز مفهوم العقد التجاري وأحكامه الخاصة، مع الوقوف عند موضوعاته انطلاقا من تصنيفه الفقهي وتنظيمه القانوني، وذلك كالآتي:

التجارية الجديدة التي نصت عليها مدونة التجارة في البند الثامن من المادة السادسة، مستبعدة بذلك نوعا آخر من التأمين ألا وهو التأمين التعاضدي الذي لا يقوم على المضاربة على تحقيق الربح، وإنما على الضمان المتبادل بين فئة معينة من الأشخاص ضد أخطار محتملة معينة عن طريق اشتراكات يدفعها هؤلاء إلى الجهة المؤمنة لمواجهة الخسارة المحتملة التي قد تلحق أحدهم في حالة تعرضه للخطر.

أنظر في هذا المعنى أيضا:

- امحمد لفروجي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب: دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن والاجتهاد القضائي. الطبعة الثانية سنة 1999، ص 108.

المطلب الأول
مفهوم العقد التجاري

إن محاولة تحديد مفهوم العقد التجاري وموضوعاته وإبراز الأحكام الخاصة به، لا تعد بالنظر إلى ما تنطوي عليه من حمولة ذات ثقل وازن مجرد خطوة عادية تندرج في إطار المقدمات التي يمهد بها للمواضيع، وإنما هي مساهمة في إرساء أرضية لحلقة جد مهمة في البناء المنطقي والمادي لهذه الدراسة بشكل عام تتخذ منطلقاتها من مجهودنا الشخصي المتواضع تأملا وتصورا، ومرجعياتها من النصوص التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية.

وعلى أي، فإن مضمون هذا المطلب سيتمحور حول استجلاء مفهوم العقد التجاري من خلال النصوص التشريعية والآراء الفقهية ورصد بعض لجتهادات القضاء الرامية إلى ضبط المعايير المحددة له. وعلى هذا الأساس سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين نتناولهما تباعا كالآتي:

الفقرة الأولى: الصياغة التشريعية والفقهية لمفهوم العقد التجاري

في حدود القدر الذي زودتنا به مادة البحث التي بين أيدينا، لا يسعنا سوى القول بأن جل القوانين التجارية، ومنها مدونة التجارة المغربية، لم تعن بصياغة تعريف للعقد التجاري[539] يسمح بملامسة مفهومه والكشف عن السمات الأساسية المميزة له، أما الفقه فلديه مواقف متباينة في هذا الشأن.

539- بل اكتفت بسياق الأنشطة والأعمال التي تعتبرها تجارية.

أولا: تعريف المشرع للعقد التجاري

على الرغم من المكانة التي يتبوأها العقد التجاري، ليس فحسب كموضوع، ولكن بوصفه إحدى القنوات لتبادل الثروات والخدمات في الميدان التجاري، أو بالأحرى إحدى الأدوات القانونية المهمة التي يتم بواسطتها إبرام التصرفات وإجراء المعاملات فإن معظم المشرعين لئن عملوا على تنظيم أهم العقود الشائعة بما يتفق وطبيعة النشاط التجاري الذي يقوم على السرعة والائتمان، واهتموا بتعريف كل عقد تجاري على حدة، إلا أنهم تركوا للفقه والقضاء أمر تعريف العقد التجاري بصورة عامة.

ثانيا: تعريف الفقه للعقد التجاري

نود الإشارة في البداية إلى أن جانبا من رجال الفقه القانوني لا يستسيغ هذه التسمية: "العقد التجاري" ويجد أنها تثير الجدل نظرا لافتقارها للضبط والتحديد رغم استعمالها من لدن المشرعين وورودها في شروحات الفقهاء وأحكام القضاء ويعبر بعضهم عن ذلك بالقول:

-"إن اصطلاح" العقد التجاري" وإن كان ذائع الاستعمال، إلا أنه يفتقر إلى الدقة والتحديد، ذلك أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المفهوم من هذا الاصطلاح، بل إن العقود التي ينظمها قانون الموجبات والعقود قد تكون عقودا تجارية إذا اندرجت في عداد الأعمال التجارية..."[540].

-"إنه من الصعب وضع تعريف معين للعقود التجارية أو إخضاعها لأي تحديد، ذلك أن كل عقد وارد في القانون المدني من

540- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك. دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. سنة 2010. ص 201.

Scanné avec CamScanner

الجائز استخدامه في ميدان التجارة، ولا يمكن حصر كل التعهدات التي يتبادلها التجار"[541].

-"A vrai dire, l'expression que nous avons employée pour servir de titre à cette partie : "Principaux contrats commerciaux" est d'une exactitude discutable." Il n'ya pas de contrats commerciaux. Un contrat nommé est civil ou commercial suivant les personnes qui le passent et le dessin qu'elles poursuivent en contractant[542]".

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن ما يمكن ملاحظته عليهم أيضا، كونهم لجأوا في القول بالصفة التجارية للعقد، إلى نظرية الأعمال التجارية، ولا أدل على ذلك ما صرحوا به في كتاباتهم ذاهبين إلى أن:

-"...العقد-أي عقد- قد يكتسب الصفة التجارية بتطبيق أحد المعايير المقررة للعمل التجاري. ومن ثم يعتبر العقد تجاريا بنص القانون إذا اندرج في تعداد...الأعمال والمشروعات التجارية.
وطبقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية، فإن العقد يعتبر تجاريا إذا أبرمه تاجر لحاجات تجارته.
وقد يكون العقد عملا مختلطا أي تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة للآخر على النحو المعروف في نظرية الأعمال التجارية"[543].

-"...إن العقد يكتسب الصفة التجارية لأسباب لا تتصل بطبيعته لذا يتجه نظر غالبية الفقهاء نحو نظرية الأعمال التجارية بنوعيها الأصلية والتبعية لتحديد صفة العقد.

541- محمد السيد الفقي، القانون التجاري: الإفلاس. العقود التجارية. عمليات البنوك. الطبعة الأولى، سنة 2010، ص: 201.

542-Georges Ripert, René Roblot : Traité de Droit commercial. Tome II.14 ème Edition. Par : Philippe Delebecque et Michel Germain. P 570.

543- محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص201.

Scanné avec CamScanner

فالعقد يكون تجاريا متى كان موضوعه القيام بعمل تجاري من الأعمال التي حددها المشرع... في قانون التجارة بنوعيها الأصلية والتبعية لتحديد صفة العقد.

فالعقود التجارية هي الأعمال التجارية في الصورة القانونية للعقود سواء بالنسبة لطرفي العقد أو بالنسبة لأحدهما.

وبعبارة أخرى، فإن الالتزام يعد تجاريا متى نشأ في ذمة شخص، سواء كان تاجرا أو غير تاجر من تصرف يعد عملا تجاريا، وبالتالي فإن العقد الذي أنشأ هذا الالتزام يعد عقدا تجاريا"[544].

وفي معرض حديثه عن الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية أكد أحد رجال الفقه القانوني المغربي بأن:

- "...إن ارتباط صفة العقد بالقائم به وبالنشاط الذي يمارسه أمر واقع. فهناك العقود التجارية التي ذكرها المشرع في مدونة التجارة لسنة 1996 وفي المدونات الأخرى البحرية والجوية وغيرها... والعقود التجارية التبعية... والعقود المختلطة التي تنشأ بين تاجر وغير تاجر... والعقود المدنية... ولكل من هذه العقود نظرياته وقواعده المتعلقة بالاختصاص والجوهر والشكل..."[545].

كما أشار إلى ما ذكره أحد الفقهاء الفرنسيين من أنه:

-" لا توجد عقود تجارية، إن أي عقد مسمى قد يكون مدنيا وقد يكون تجاريا حسب الشخص القائم به"[546].

ولعل ما يمكن استنتاجه من خلاصة ما تقدم من تعاريف، أنها ترتكز في إضفاء الصبغة التجارية على العقد، على موضوعه الذي

544- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 258.

545- أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية. دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن. الجزء الأول، مرجع سابق، ص 215.

546- مشار إليه لدى:

- أحمد شكري السباعي، نفس المرجع المومأ إليه في الهامش السابق مع نفس الصفحة.

Scanné avec CamScanner

يكون عبارة عن أحد الأعمال التجارية أحيانا، وأحيانا وأخرى على صفة الطرف الذي أبرمه بحيث يكون تجاريا متى كان أحد طرفيه أو كلاهما تاجرا.

الفقرة الثانية: معايير العقد التجاري في اجتهادات القضاء

نظرا لما للقضاء من درجة رفيعة، واعتبارا للدور الحيوي الذي يؤديه في المجتمع، فإن الدولة ما فتئت تعتد به كدعامة لنظام حكم ديمقراطي تحمى في ظله الحقوق والحريات وتمارس فيه السلطة في إطار القانون، ولم تعد تنظر إليه كمؤسسة تتولى فقط الفصل في النزاعات بين الأفراد والجماعات، وإنما أيضا كجهاز توجيه وضبط اجتماعي يقوم بوظيفته باسم الدولة، وكأداة للعدل وواجهة إشهارية يلعب الإعلام في بسطها على العيان دورا بارزا.

فرهانات العصر طرحت أمام الدولة مسؤوليات مختلفـة، منهـا تنظيم القضاء ليتسنى له أن يشارك في التنمية بكيفية فعالة ومجدية وأن يواكب العولمة، وكذا تسليحه بالقوانين اللازمة التـي مـن شـأنها أن تساعده على النهوض بمسؤوليته.

وفي إطار مخطط تزويد المملكة بمؤسسات مهمة في هذا الباب أنتجت الدولة نموذجا من المحاكم يتمثل في المحاكم التجارية، قصد المساهمة في تشجيع الاستثمارات الداخلية والخارجية وتقوية النسيج الاقتصادي، والاستجابة لحاجيات وتطلعات الحياة التجارية بكيفية تنسجم مع التوجهات المهيمنة على عالم المال والأعمال.

وهكذا، صدر القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية وتم تنصيب ستة منها بكل من: الدار البيضاء، والرباط، وفاس، وطنجة ومراكش، وأكادير، على أن تغطي سائر الجماعات المحلية للمملكة في ظل التقسيم الجهوي لفترة التسعينات.

Scanné avec CamScanner

وهو تقسيم كان من نتائجه إبعاد المحاكم التجارية عن فئة عريضة من المتقاضين ومن ثم الزيادة في تكاليف التقاضي بالنسبة إليها، الشيء الذي حمل الحكومة على الرفع من عددها بإضافة اثنتين ابتدائيتين إحداهما بمكناس والأخرى بوجدة[547] علاوة على تنصيب ثلاث محاكم استئناف تجارية بكل من الدار البيضاء وفاس ومراكش، دون أن ننسى الغرفة التجارية الموجودة بالمجلس الأعلى[548] التي تؤلف مع البقية غرفه الستة[549].

وباختصار، فإن المحاكم التجارية بدرجتيها الأولى والثانية -التي لم يكن ميلادها بمحض الصدفة، وإنما على إثر إعداد أرضية تطلبت مجهودات كبرى بذلتها الدولة في سبيل تحقيق هذا الإنجاز الذي يعد تجربة رائدة لها وقعها في الشأن القضائي- هي عبارة عن أجهزة متخصصة عزز بها المشرع الخريطة القضائية ببلادنا بهدف مواجهة ضرورات العصر وتحدياته ويحكمها مبدئيا منطق المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف على مستوى التكوين والإجراءات، وتخضع للقواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم ينص قانون على خلاف ذلك.

547- عملا بالمرسوم رقم 2.00.280 الصادر في 20 يونيو 2000 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4810 بتاريخ 6 يونيو 2000.

548- قبل تغيير هذه التسمية بمحكمة النقض سنة 2011 بموجب الظهير الشريف رقم 1.11.170 الصادر في 25 أكتوبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 58.11 القاضي باستبدال تسمية المجلس الأعلى بتسمية محكمة النقض. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 26 أكتوبر 2011. ص 5228.

549- تبعا لما تفيد الفقرة 3 من الفصل 10 من ظهير التنظيم القضائي المغير والمتمم بموجب الظهير الشريف رقم 1.97.65 الصادر بتاريخ 12 فبراير 1997- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4282 التي جاء فيها أنه:
"يقسم- أي المجلس الأعلى- إلى ست غرف: غرفة مدنية وتسمى الغرفة الأولى وغرفة الأحوال الشخصية والميراث، وغرفة تجارية، وغرفة إدارية، وغرفة اجتماعية، وغرفة جنائية".

Scanné avec CamScanner

وبعيدا عن المناقشات التي أثارها القانون المحدث لها في صفوف المهتمين ورجال القانون بخصوص عدد من مقتضياته[550] نكتفي بالإشارة هنا إلى أن المادة الخامسة منه جعلت من بين القضايا التي تختص المحاكم المذكورة نوعيا بالنظر فيها: "الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية"[551].

ومن العقود التجارية التي عالجتها مدونة التجارة، تلك التي ساقها المشرع في كتابها الرابع، وذلك في المواد من 336 إلى 544، وهو تعداد ليس على سبيل الحصر وإنما هو من قبيل التنظيم الذي ارتآه المشرع وبالتالي يمكن أن تضاف إليه سائر العقود التي يستقر العمل على ثبوت طبيعتها التجارية، وكذا تلك التي ترتبط بجوانب أخرى من المادة التجارية كعقود التأمين والعقود البحرية وعقود البيع الدولية ونحوها.

550- أنظر في هذا الصدد:

- نورة غزلان الشنيوي، المكونات البنيوية للتنظيم القضائي المغربي: دراسة تحليلية من زاوية المقومات الجوهرية للحكامة الجيدة. الطبعة الأولى. سنة 2008-2009. من ص 243 إلى ص 250.

551- تنص المادة المذكورة أعلاه في فقرتيها 1 والأخيرة على أنه:

"تختص المحاكم التجارية بالنظر في:

1- الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية؛

2- الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية؛

3- الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية؛

4- النزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية؛

5- النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية.

يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم وفق أحكام الفصول من 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية".

لأخذ فكرة عامة عن المحاكم التجارية، أنظر:

- نورة غزلان الشنيوي، التنظيم القضائي للمملكة: دراسة للبناء الأساسي وفق رؤية قانونية منذ فترة ما قبل الحماية إلى غاية الألفية الثالثة. الطبعة الأولى. سنة 2010، من ص 221 إلى ص 239.

Scanné avec CamScanner

وبديهي أن عملية تكييف ما إذا كان العقد تجاريا أم لا، تفرض نفسها أمام القضاء بالنسبة للعقود غير المنظمة في المدونة، أما تلك الواردة فيها فهي تجارية بنص القانون الذي يعتبر المرجع الأساسي فيما لو نوزع في طبيعتها التجارية. وهكذا، فإن الجهة المختصة بتحديد ما إذا كان العقد تجاريا أم لا، هي المحاكم التجارية.

وبالعودة إلى مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عنها يتضح أن هناك عنصرين أساسيين يحكمان العقد التجاري: أحدهما يكمن في ضرورة البحث عن الصفة التجارية لطرفيه، والآخر يرتكز على الموضوع، بحيث إذا كان عبارة عن أحد الأنشطة التجارية المبينة في مدونة التجارة، فإن العقد يكون تجاريا.

أولا: معيار صفة القائم بالعمل محل العقد

اعتمدت بعض المحاكم التجارية كمحدد أساسي لإضفاء الصبغة التجارية على العقد على صفة القائم بالعمل محله، ومن بين اجتهاداتها في هذا الصدد ما يلي:

-"إن صفة طرفي النزاع كتاجرين، يضفي على العقد المبرم بينهما بشأن كراء المحل...صفة عقد تجاري تختص المحكمة التجارية بنظر النزاعات المترتبة عن تنفيذه..."[552].

-"اعتبارا لما ذكر يكون من الثابت في النازلة أن طرفي العقد معا يكتسبان الصفة التجارية والعقد المبرم بينهما عقد تجاري وبالتالي فالاختصاص بالبت في النزاع الناتج عن العقد المذكور ينعقد للمحكمة التجارية"[553].

552- حكم المحكمة التجارية بمراكش المنشور بمجلة المحامي، العدد 34. يناير 1994. ص 177.

553- قرار غير منشور لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.

-"حيث يتجلى من وثائق الملف ودفوعات الأطراف أنه ليس هناك منازعة في صفتهما كتاجرين.

وحيث إن عقد الكراء المبرم بينهما يتعلق باستغلال محل تجاري يشغله المستأنف عليهما لبيع المواد الغذائية، وبالتالي فهو عقد تجاري"[554].

-"لكن حيث إن المحاكم التجارية ينعقد لها الاختصاص طبقا للمادة الخامسة من القانون المحدث لها إذا كانت المنازعة بين تاجرين أما إذا كان الطرف المدعى عليه غير تاجر فإنه لا تصح مقاضاته إلا أمام المحاكم العادية"[555].

ثانيا: معيار طبيعة العمل محل العقد

أصدرت أيضا المحاكم التجارية أحكاما وقرارات يتضح من حيثياتها أخذها بعين الاعتبار طبيعة العمل محل العقد في تحديدها لمفهوم العقد التجاري، نذكر منها ما يلي:

-"طبقا لمقتضيات الباب السابع من مدونة التجارة، تعد من العقود التجارية، الحسابات البنكية المفتوحة للزبائن، وكذا عقد القرض المبرم مع البنك بمناسبتها بغض النظر عن صفة المتعاقد هل هو تاجر أم لا وبالتالي فإن المحاكم التجارية مختصة طبقا لقانون إحداثها"[556].

-"عقد القرض البنكي عقد تجاري بغض النظر عن طرفيه"[557].

554- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء مشار إليه لدى:
- عبد العالي العضراوي، صلاحية المحاكم التجارية للبت في دعاوى الأكرية التجارية على ضوء الاجتهاد القضائي. الطبعة الأولى. سنة 2002. ص 59.

555- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 171 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2000، المنشور بمجلة المحاكم التجارية. العدد الأول. ماي 2004. ص 101.

556- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 125 الصادر بتاريخ 12 نونبر 1998 في الملف عدد 98.205 المنشور بمجلة المعيار. العدد 24. ص 1873.

557- قرار غير منشور صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء.

-"حيث إنه لئن كانت العقود العدلية تعد أوراقا رسمية في مفهوم الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود وكان رئيس المحكمة التجارية مختصا بالنظر في مقالات الأمر بالأداء المبنية على السندات الرسمية فإن ذلك مشروط بأن يكون العمل تجاريا بالنسبة للمتعاقدين معا.

وحيث تبين من خلال فحص الوثائق المرفقة بالمقال أن أحد الأطراف وهو المستأنف عليه...لا يعتبر تاجرا لأن مهنته عامل، ويبقى الاختصاص غير منعقد لرئيس المحكمة التجارية ...وإنما لرئيس المحكمة الابتدائية"[558].

ونعتقد أنه لا مجال للاستغراب من موقف القضاء المغربي بشأن هذا الموضوع، لاسيما وأن المجال الذي يعمل فيه القانون التجاري تتازعه نظريتان تباينت بخصوصهما وجهات نظر رجال الفقه القانوني، ونقصد كلا من النظرية الشخصية التي تجعل من القانون التجاري قانون التجار دون غيرهم من الأشخاص ولو قاموا بأعمال تجارية، ثم النظرية الموضوعية التي تتمحور حول كون القانون التجاري هو قانون الأعمال التجارية، أي أن أحكامه تسري على العمل التجاري بصرف النظر عن شخص القائم به ولا تشمل غير العمل التجاري حتى ولو باشره تاجر ما لم يكن يتعلق بتجارته، حيث يصبح في مثل هاته الحالة عملا تجاريا بالتبعية.

ولما صدرت مدونة التجارة، كان من البديهي أن يطرح التساؤل مرة أخرى حول الأساس الذي اعتمد في بنائها.

وعلى ما يبدو، فإنها أخذت بالنظرية الشخصية من خلال إعطاء الأولوية لتحديد التاجر، أما تحديد الأنشطة التجارية، فجاء بشكل تبعي

558- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 99134 الصادر بتاريخ 22 مارس 1999. المنشور بمجلة المحاكم التجارية. العدد الأول. ماي 2004. ص 98.

Scanné avec CamScanner

ولكي تنتقل الصفة التجارية من الشخص إلى العمل، يتعين أن تتكـرر مزاولته على سبيل الاعتياد أو الاحتراف[559].

كما أنها تبنت النظرية الموضوعية، عن طريق تنظيم بعض الأعمـال التجارية في ذاتها وإخضاعها لأحكامها بغض النظر عـن القـائم بهـا وبالتالي فإن اكتساب صفة تاجر لا يمكن أن يتـأتى إلا عـن طريـق مباشرة النشاط التجاري، أي أنه من هـذا الأخيـر تتصـرف الصـفة التجارية إلى ممارسه[560].

559- الاعتياد هو التكرار المادي لتعاطي نشاط تجاري معين وذلك بصرف النظر عن استقرار أو عدم استقرار سلوك من هذا القبيل في نفسية الممارس لهذا النشاط وبصرف النظر كذلك عن طول أو قصر المدة الزمنية التي تحقق فيها هذا التكرار من طرف الشخص المعني بالأمر.

أما الاحتراف فيراد به توجيه نشاط الإنسان بشكل مستمر ومنتظم لممارسة عمل معين واتخاذه مهنة من أجل إشباع حاجياته، أي أنه يتخذه سبيلا للارتزاق.

- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 134 و135.

- امحمد لفروجي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، مرجع سابق، ص 23. وص 26.

560- للمزيد من التفصيل في هذا الصدد، أنظر مثلا:

- فؤاد معلال، مرجع سابق، من ص 65 إلى ص 76.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثاني
الأحكام الخاصة بالعقود التجارية

إن إطلاق عبارة العقود التجارية على طائفة من العقود، لا يحول دون خضوعها للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني في كل ما لم يرد بشأنه نص أو عرف تجاري خاص، وفي حدود اتفاقها مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري، الشيء الذي يستشف من المادة الثانية من مدونة التجارة التي تنص على أنه:
"يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني، ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

ومع ذلك، حتى في هذا الإطار تظل للعقد التجاري سماته الخاصة من أوجهها أنه إذا كانت قواعد الإيجاب والقبول كما هي مقررة في القانون المدني تنطبق على العقود سواء كانت مدنية أو تجارية، إلا أنه في ظل هذه الأخيرة كثيرا ما يكون الإيجاب عاما موجها إلى الجمهور وإذا كان السكوت لا يرقى في الأصل إلى درجة اعتباره قبولا فإنه يجد في الحقل التجاري مجالا واسعا متى كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين[561] كما أن عددا من العقود التجارية يتخذ صيغة النموذج

561- غني عن البيان أن السكوت المجرد لا يرقى مبدئيا إلى درجة التعبير عن الإرادة في التشريع المغربي، غير أنه إذا كان مقترنا بظروف ملابسة تسمح بأن يستشف منها قبول المتعاقد بالعقد بشكل واضح، فإنه يعد قبولا منه، ويكون السكوت أيضا بمثابة قبول متى وجد عرف تجاري أو تعامل سابق بين المتعاقدين أو كان الإيجاب قد وجه لمنفعة الموكل، وهو ما يمكن استنتاجه من كل من الفصل 25 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقضي بأنه:
"عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب، أو عندما لا يقتضيه العرف التجاري، فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تنفيذه. ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين".
وكذا الفصل 38 منه الذي جاء فيه ما يلي:

Scanné avec CamScanner

الذي يحتوي على الشروط العامة التي تضعها سلفا جهات معينة وتعرضها على زبنائها وغير ذلك.

وبتعبير آخر، فإن العقود التجارية لا تستقل بنظرية خاصة بها بل تخضع للنظرية العامة للالتزامات والعقود[562]، ناهيك عن أنها تنفرد بأحكام يقتضيها بالضرورة كل من عنصر السرعة والائتمان[563] اللذان

"يسوغ استنتاج الرضى أو الإقرار من السكوت إذا كان الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه حاضرا أو أعلم بحصوله على وجه سليم ولم يعترض عليه من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته".

562- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 257 وص 258.

نجد على سبيل المثال أن المشرع يحيل صراحة في الكتاب الرابع من مدونة التجارة على قانون الالتزامات والعقود كما فعل بخصوص كل من الرهن والسمسرة والوكالة بالعمولة.

فالمادة 337 منها تنص في الفقرة 1 على أنه:

"يخضع الرهن الحيازي للمنقول المنشأ من تاجر أو غيره بمناسبة عمل تجاري للمقتضيات العامة الواردة في الفصول من 1184 إلى 1230 من الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالالتزامات والعقود..."

وتقضي الفقرة 2 من المادة 405 منها بأنه:

"تخضع علاقات السمسار مع المتعاقدين للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة..."

وتفيد الفقرة 2 من المادة 422 منها بأنه:

"يخضع عقد الوكالة بالعمولة للمقتضيات المتعلقة بالوكالة...".

563- الائتمان تقنية يقوم من خلالها الدائن بمنح ثقته للمدين وذلك بإقراضه مالا معينا أو توريد ما يحتاج إليه من منتجات أو بضائع أو غيرها، مقابل أداء ما ترتب في ذمته بحلول أجل الاستحقاق.

- امحمد لفروجي، صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها. الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 7.

ويعتبر المشرع المغربي عملية عن عمليات الائتمان -تطبيقا للمادة الثالثة من ظهير 24 دجنبر 2014- "كل تصرف بعوض يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص بوضع أموال أو الالتزام بوضعها رهن تصرف شخص آخر يكون ملزما بإرجاعها، أو الالتزام لمصلحته عن طريق التوقيع في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر...".

Scanné avec CamScanner

يشكلان أساس القانون التجاري، كحرية الإثبات، وتقصير آجال التقادم وافتراض التضامن بين المدينين وغيرها، والتي ليست في الواقع سوى الأحكام الخاصة بالعمل التجاري[564] والتي دأب رجال الفقه القانوني على سياقها عادة عند تمييزهم للأعمال التجارية عن نظيرتها المدنية[565].

وإلى جانب شركات التمويل، تحتل البنوك مكان الصدارة في مجال توزيع الائتمان.

للاطلاع على دور ومكانة البنك في توزيع الائتمان، أنظر:

– امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي مرجع سابق ص 315، وص 316.

564– في هذا المعنى قيل:

"إن العقود التجارية لا تختلف عن العقود المدنية في الأحكام الخاصة بانعقادها ونفاذها وانقضائها لكون هذه الأخيرة هي عقود مدنية ولكنها تتخذ صفة العقود التجارية عندما تتعلق بالأعمال التجارية التي وردت في المادة السادسة والسابعة من مدونة التجارة، أو أنها تتخذ الصفة التجارية بسبب صدورها ممن له صفة التاجر بمناسبة ممارسته لنشاطه تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية...

وإذا كانت العقود التجارية تتعلق بالأعمال التجارية، فإنها تخضع للقواعد العامة المتعلقة بها والتي تبتعد عن قواعد العقود المدنية...".

– عبد الرحيم بحار، مرجع سابق، ص 272.

565– أنظر على سبيل المثال:

– فؤاد معلال، مرجع سابق، من ص 17 إلى ص 22.

– عز الدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي: دراسة مقارنة على ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب. الجزء الأول: النظرية العامة للتجارة والتجار. الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة. سنة 2001، من ص 92 إلى ص 101.

– فريدة اليوموري، مرجع سابق، من ص 34 إلى ص 42.

– عزيز العكيلي، مرجع سابق، من ص 60 إلى ص 70.

Scanné avec CamScanner

الفقرة الأولى: عنصر السرعة في المعاملات التجارية

خلافا للمعاملات المدنية التي خاصيتها الثبات والاستقرار والبطء تتميز المعاملات التجارية من حيث إنجازها وتنفيذها بالسرعة. فالتاجر -ودون تردد- قد يجازف أو يغامر في القيام بعملية أو إبرام صفقة ما والهدف يحذوه إلى عدم تضييع فرصة الربح التي لا تحتمل الانتظار بل إن البعض منها قد يكون محله أشياء تتعرض للتلف فيما لو تعطلت الإجراءات المتعلقة به.

ومعنى ذلك أن السرعة تتلاءم وطبيعة النشاط التجاري وتشكل دعامة أساسية فيه، شأنها في ذلك شأن الائتمان.
وقد أسفر اعتمادها عن ظهور أحكام خاصة كرستها مدونة التجارة، من بينها تقرير حرية إثبات التصرفات القانونية في المادة التجارية بكافة الطرق مهما كانت قيمتها، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بعكس ذلك والتشدد في منح المدين بدين تجاري مهلة للوفاء به، وتقصير آجال تقادم الدعاوى الناشئة عن الالتزامات التجارية، وفتح المجال أمام المتقاضين لعرض نزاعاتهم التجارية على نظر المحاكم التجارية أو على التحكيم.

أولا: حرية الإثبات في المعاملات التجارية

مرت المعاملات التجارية بتحولات كبرى فغدت أكثر سرعة وأوسع امتدادا لاسيما مع الثورة التكنولوجية التي مكنت النمط الآلي من غزو مختلف الفضاءات إلى درجة أنه يكاد يحرك كل شيء في عالم المال والأعمال.
وفي ظل هذا الوضع، كان من الطبيعي إعادة النظر في نظام الإثبات لكي يلائم البيئة التجارية ويصبح قادرا على استيعاب ما يستجد فيها.

Scanné avec CamScanner

لذا، فإن اعتماد حرية الإثبات كمبدأ عام في هذا الباب، وبالتالي تحرير العمل التجاري من القيود يعد من الخيارات المنطقية والسليمة[566].

وعلى أي، فإنه يراد بالإثبات عموما تأكيد الحق بالبينة أو الحجة بمعنى إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة معينة ترتب آثارها القانونية وذلك بالطرق القانونية[567] على أن يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو ظاهرا[568].

وإذا كان الأصل في المادة المدنية[569] أن:

"الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإن اقتضى الحال أن تعد بشكل

566- ولعل السبب في تقرير مبدأ حرية الإثبات -كما قيل- أن "الأعمال التجارية تقوم على السرعة والائتمان. فالتاجر لا يمكنه القيام بتحرير دليل كتابي عن كل عمل تجاري يقوم به في نفس اليوم. كما أن استغلال الفرص والمبادرة السريعة دون تردد أو تضييع للوقت من قبله للقيام بالأعمال التجارية، تعتبر من بين دوافع الأخذ بالحرية بالإثبات والابتعاد عن الشكلية التي تتطلبها الحياة المدنية... غير أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات الخاصة ببعض المعاملات التي يتطلب الأمر إثباتها كتابة...".

- فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص 36.

567- إن طرق الإثبات المقررة قانونا، طبقا للفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود، هي: إقرار الخصم، والحجة الكتابية، وشهادة الشهود، والقرينة، فاليمين والنكول عنها.

568- عملا بمقتضى الفصل 399 من نفس القانون المذكور في الهامش السابق الذي ينص على أن:

"إثبات الالتزام على مدعيه".

569- الذي كرسه المشرع المغربي في الفصل 443 أعلاه من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بواسطة الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

إلكتروني أو توجه بطريقة إلكترونية" واستثناء من ذلك، يقبل الإثبات بشهادة الشهود "...بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها[570]". فإن القاعدة التي افتتحت بها مدونة التجارة كتابها الرابع، تقضي بخضوع المادة التجارية لحرية الإثبات، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على ضرورة الإثبات بالكتابة[571].

570- حسبما يفيد به الفصل 448 من قانون الالتزامات والعقود، إذ جاء فيه ما يلي:
"استثناءا من الأحكام السابقة، يقبل الإثبات بشهادة الشهود:
1- في كل حالة يفقد فيها الخصم المحرر الذي يتضمن الدليل الكتابي لالتزام له أو التحلل من التزام عليه نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة أو سرقة. وتخضع الأوراق النقدية والسندات لحاملها لأحكام خاصة.
2- إذا تعذر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام، كالحالة التي تكون فيها الالتزامات ناشئة عن أشباه العقود وعن الجرائم، والحالة التي يراد فيها إثبات وقوع غلط مادي في كتابة الحجة، أو حالة الوقائع المكونة للإكراه أو الصورية أو الاحتيال أو التدليس التي تعيب الفعل القانوني، وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تجر العادة بتطلب الدليل الكتابي لإثباتها.
تقدير الحالات التي يتعذر فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موكول لحكمة القاضي".
571- وذلك على غرار العديد من القوانين التجارية المقارنة، كالقانون التجاري المصري الذي ينص في الفقرة 1 من المادة 69 منه على أنه:
"يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات، ما لم ينص القانون على غير ذلك".
والقانون التجاري الأردني، الذي صرح في المادة 51 منه بأنه:
"لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئيا للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية. فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات، مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة".
وللإشارة فإنه يطلق على هذا الإثبات بنوعيه في أدبيات الفقه القانوني، "الإثبات القانوني أو المقيد" بالنسبة للمادة المدنية، و"الإثبات الحر أو المطلق" بالنسبة للمادة التجارية.
للمزيد من التوسع بخصوصهما وأخذ فكرة أيضا عن الإثبات المختلط، راجع:
- إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي: القواعد العامة لوسائل الإثبات: الكتابة. الشهادة. القرائن. الإقرار. اليمين. طبعة سنة 1990. من ص 10 إلى ص 13.

Scanné avec CamScanner

وفي هذا الصدد، تنص المادة 334 منها على أنه:

"تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات. غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك".

وهكذا يمكن إثبات سائر المعاملات التجارية -ومهما بلغت قيمتها- بأي وسيلة من وسائل الإثبات كشهادة الشهود والقرائن وما إلى ذلك[572] اللهم إذا تطلب القانون[573] أو الاتفاق[574] الإثبات بالكتابة، إذ عندئذ يجب احترام هذا التقييد[575].

572- ويجب ألا ننسى الدور الذي تضطلع به الوثائق المحاسبية في الإثبات في المادة التجارية، ليس فحسب على المستوى التنظيمي أو الاقتصادي للمقاولة، وإنما أيضا على الصعيد القانوني، ذلك أنها تؤلف وسيلة فعالة للإثبات أمام القضاء متى توفرت فيها الشروط المتطلبة قانونا. وفي هذا الصدد، وبعد أن نصت المادة 19 من مدونة التجارة على أنه:

"يتعين على التاجر أن يمسك محاسبة طبقا لأحكام القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.138 بتاريخ 25 دجنبر 1992.

إذا كانت تلك المحاسبة ممسوكة بانتظام، فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارتهم". أضافت قائلة إنه:

"يجوز للأغيار أن يحتجوا ضد التاجر بمحتوى محاسبته ولو لم تكن ممسوكة بصفة منتظمة".

573- كما فعل المشرع مثلا في معرض حديثه عن الوكالة التجارية، حيث اشترط صراحة إثبات هذا العقد بالكتابة بقوله في المادة 397 من مدونة التجارة:

"يثبت عقد الوكالة التجارية، وعند الاقتضاء تعديلاته، بالكتابة".

574- إذا كان يجوز للمتعاقدين من التجار، الاتفاق على إثبات أعمالهم التجارية بالكتابة، فإن المبدأ المستقر عليه فقها وقضاء في مصر، هو اعتبار قواعد الإثبات الموضوعية غير متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يسوغ الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا.

وهو نفس المنحى الذي انتحاه بعض رجال الفقه القانوني المغربي، إذ رأوا بأن القواعد التي ترتبط بمحل الإثبات وعبئه وطرقه، لا تتصل بالنظام العام، وبالتالي يمكن الاتفاق مقدما على خلافها.

أنظر في هذا الصدد:

- عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية. طبعة سنة 1996، ص 25.

Scanné avec CamScanner

وهكذا، فإنه كلما كان العمل تجاريا، إلا وأمكن إثباته بجميع طرق الإثبات، مع مراعاة ما قد يستلزمه القانون أو الاتفاق من إثبات بالكتابة في بعض الحالات.
وإذا كان مدنيا، فإنه لا مناص عندئذ من إثباته بدليل كتابي في الاتفاقات التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم.
أما إذا كان العمل مختلطا، فإنه يتعين عندئذ التمييز بين ما إذا كان تجاريا أم مدنيا بالنسبة للطرف المطلوب ضده الإثبات، تماشيا مع منطوق المادة السادسة من مدونة التجارة التي تنص على أنه:
"إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين، ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الأخر طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك".

وبتعبير أوضح، فإنه يجوز للطرف الذي يكون العمل من جهته مدنيا استعمال جميع وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، أيا كانت قيمة النزاع، في مواجهة الطرف الذي يعد هذا العمل تجاريا من جانبه.
أما من يكون العمل تجاريا بالنسبة إليه، فيلزمه الإثبات ضد خصمه بواسطة الدليل الكتابي كلما تجاوز مبلغ الدعوى القدر المنصوص عليه

- عزت الدسوقي، الموسوعة الحديثة في أحكام النقض، طبعة سنة 2000، ص 753.

- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، سنة 1999. ص 399 وما يليها.
575- "إن اشتراط الدليل الكتابي لإثبات طائفة من الأعمال التجارية -هو على حد تعبير أحد رجال الفقه القانوني -لا يتعارض في الواقع مع ما تقتضيه البيئة التجارية من سرعة وبساطة. بل إن القانون التجاري أصبح اليوم يعطي أهمية كبيرة للشكلية، ذلك أنه بالرغم من مبدأ حرية الإثبات الذي يحكمه، فإن الممارسة أثبتت أن الشكلية تسهل كثيرا العمل التجاري لما توفره من سرعة، وما تلعبه من دور في حل النزاعات".
- فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 23 و ص 24.

Scanné avec CamScanner

في الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بواسطة القانون رقم 53.05 [576].

ثانيا: التشدد في منح المدين الإمهال القانوني او القضائي

انطلاقا من الفقرة الثانية من الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بمقتضى ظهير 18 مارس 1917 التي جاء فيها[577] أنه:

"...يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه آجالا معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها" يمكن القول، إن القانون المدني يأخذ أكثر بعين الاعتبار حالة المدين المتخلف عن تنفيذ التزاماته، لاسيما إذا كان حسن النية. لذا، أجاز للقاضي- بصفة استثنائية- أن ينظره إلى أجل معقول كي ينفذ فيه التزامه، شريطة عدم تضرر الدائن من هذا التأجيل.

ولما كان للوقت قيمة كبيرة في مجال المعاملات التجارية، فإنه لا يستساغ منح مهلة للمدين من أجل الوفاء بدينه إذا استحال عليه ذلك في الأجل المقرر له، لأن من شأن تأخره أن يلحق ضررا بالدائن الذي يعتمد في مزاولة نشاطه على استيفاء حقوقه في مواعيدها[578].

576- أنظر في هذا المعنى:

- امحمد لفروجي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، مرجع سابق، ص 399.

577- والتي تماثلها إلى حد ما، المادة 115 من قانون الموجبات و العقود اللبناني التي تفيد بأنه:

"للقاضي أن ينظر بعين الاعتبار إلى حالة المدين، إذا كان حسن النية، فيمنحه مع الاحتياط الشديد، مهلا معتدلة لإيفاء الموجب، ويأمر بتوقيف المداعاة، مع إبقاء كل شيء على حاله، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف".

578- إلا أن المشرع مع ذلك، خرج على هذه القاعدة في حالات ضيقة وردت الإشارة إليها في مدونة التجارة، وهي تتعلق بالأوراق التجارية وليس بالعقود التجارية، حيث نص بالنسبة للكمبيالة مثلا- في الفقرة 2 من المادة 231 -على أنه:

وإذا كانت هذه القاعدة، تتماشى من جهة مع طبيعة الأعمال التجارية التي من مقوماتها السرعة في التعامل مما يجعل التوقف أو التأخر عن أداء الدين سببا يؤول إلى اضطرابها، فإنها من جهة أخرى تروم كفالة حقوق الدائن وحمل المدين على الوفاء في الأجل المتفق عليه.

ثالثا : تقصير آجال التقادم

إلى جانب الوفاء، واستحالة التنفيذ، والإبراء الاختياري، والتجديد والمقاصة، واتحاد الذمة، والإقالة الاختيارية، يقوم التقادم كسبب لانقضاء الالتزامات بصورة عامة[579].

"لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و 207". وكذا بالنسبة للشيك، إذ قضى في المادة 304 بأنه:
"لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادة 291".
وهو ما زكاه أيضا حكم صدر عن المحكمة التجارية بمراكش يتعلق بالسند لأمر جاء فيه:
"حيث إن المتعهد بالسند لأمر ملزم بالوفاء بقيمته في تاريخ الاستحقاق، وأن المستأنف لم يدل بما يفيد كونه أدى الأقساط الحالة، وبالتالي فإن الدين أصبح كله مستحق الأداء استنادا على الشرط الاتفاقي الوارد في العقد المحرر بين الطرفين بتاريخ 17 يناير 1996 ..."
مشار إليه لدى:
- فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص 42.
وفيما يتعلق بالتشريعات المقارنة نجد مثلا أن القانون التجاري اللبناني يخول للقاضي سلطة منح المدين مهلة للوفاء بدينه حتى بالنسبة للمعاملات التجارية في حالات استثنائية إذا استدعى وضعه ذلك ولم ينجم عن هذا الأجل ضرر للدائن، ما عدا إذا وجد نص في القانون يمنع هذا الأمر، الشيء الذي يستشف من المادة 260 منه التي ورد فيها أنه:
"لا يحق للمحكمة في الوضع التجاري أن تمنح للإيفاء أجلا جديدا إلا في ظروف استثنائية".

579- تبعا لما ينص عليه المشرع في الفصل 319 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

ويقصد بالتقادم مرور مدة من الزمن يمنع القانون بعدها سماع الدعوى للمطالبة بحق معين. ومن ثم فإن الذي يتقادم هو الحق في إقامة الدعوى وليس الحق المطالب به ذاته، أي أنه إذا توانى المرء عن المطالبة بحق له خلال المدة التي حددها القانون، فإن الجزاء المقرر لإهماله وتقصيره هو حرمانه من الادعاء به.

وإذا كان التقادم يسقط الدعوى[580] فإنه لا يسقطها بقوة القانون بل لابد لذي المصلحة أن يتمسك به في صورة دفع -لا دعوى- يتقدم به المدعى عليه ردا على ادعاء المدعي، وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإنه لا يسوغ للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه[581] ولا يجوز للمعني بالأمر الإدلاء به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا ما فاتته فرصة الدفع به أمام إحدى محاكم الموضوع، كما أنه دفع في الجوهر لا في الشكل[582] مما يؤدي إلى عدم قدرة المدعي على إقامة دعوى جديدة إذا ردت دعواه على أساسه حتى ولو غير الأسباب.
أضف إلى ذلك، أن أثر التقادم ينصرف إلى الدعوى دون الدفع[583] علما أن سريانه يبدأ من الوقت الذي يغدو فيه الحق مكتسبا أو مستحـق الأداء غير معلق على شرط واقف أو مرتبط بأجل معين[584].

580- حسب منطوق الفصل 371 نفس القانون المومأ إليه في الهامش السابق الذي جاء فيه أن:
"التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام".
581- عملا بالفصل 372 من نفس القانون، الذي يفيد بأن:
"التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لابد لمن له مصلحة فيه أن يحتج به. وليس للقاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه".
582- لأخذ فكرة عن هذا النوع من الدفوع، راجع:
- نورة غزلان الشنيوي، نافذة على أصول التقاضي: دراسة مختصرة في ضوء قانون المسطرة المدنية المغربي. الطبعة الأولى. سنة 2008-2009. هامش كل من ص 129 وص 130.
583- صحيح أن المشرع لم يتطرق صراحة وبصورة عامة إلى هذه المسألة، إلا أنه يمكن الاستئناس بما قضى به في الفقرة 2 من الفصل 315 من قانون الالتزامات والعقود، الذي جاء فيه أنه:

ويشمل التقادم مبدئيا كل التزام وكل دعوى مرتبطة به، كما أنه يؤخذ في تحديد مدته -في القانون المدني المغربي- بالقاعدة العامة القائلة إن كل دعوى ناشئة عن التزام قابل للتقادم ينبغي رفعها في أجل أقصاه خمسة عشر سنة[585] وإلا امتنع سماعها[586] ما عدا في بعض الاستثناءات المتفرقة في قانون الالتزامات والعقود، منها على سبيل المثال، أن دعاوى التجار بسبب التوريدات التي يزودون بها غيرهم من التجار من أجل حاجات مهنهم، تتقادم بخمس سنوات[587] وبسنتين بالنسبة لتلك التي تتعلق بالتوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص[588] كما تتقادم بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوما، دعاوى الوسطاء من أجل استيفاء السمسرة، ودعاوى المتعاقدين معهم من أجل

"... لا يخضع هذا الدفع للتقادم...".

584- في هذا المعنى، ينص الفصل 380 من نفس القانون على أنه:

"لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها.

وبناء على ذلك لا يكون للتقادم محل:

1- بالنسبة للحقوق المتعلقة على شرط حتى يتحقق الشرط.

2-...

3- بالنسبة لكل دعوى تتوقف مباشرتها على أجل إلى أن يحل ذلك الأجل...".

والجدير بالملاحظة، أن أجل التقادم يحسب بالأيام الكاملة، إذ لا يدخل فيه اليوم الأول الذي يبدأ فيه، ويتم بانتهاء اليوم الأخير. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التقادم قد تعترضه حين سريانه عقبات من شأنها إما إزالة كل أثر سابق له فتشكل من ثم سببا لقطعه، أو فقط تعطيل مضيه فتكون سببا لوقفه.

راجع بهذا الخصوص: الفصول من 378 إلى 380 والفصل 386 من نفس القانون.

585- وبمفهوم الفصل 375 من نفس القانون، فإنه لا يسوغ للمتعاقدين تمديد أجل التقادم إلى أكثر منت خمسة عشر سنة المحددة قانونا، بمقتضى اتفاقات خاصة.

586- الشيء الذي ينص عليه صراحة الفصل 387 منه بقوله:

"كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بخمسة عشر سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي بها القانون في حالات خاصة".

587- أنظر الفقرة 1 من الفصل 388 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم على التوالي بظهائر 8 أبريل 1938 و6 يوليوز 1954 و2 أبريل 1955.

588- انظر البند 5 من الفقرة 2 من نفس الفصل المذكور في الهامش السابق.

Scanné avec CamScanner

ما سبقوه لهم لأداء ما أنيط بهم من أعمال، وذلك ابتداء من إبرام الصفقة[589].

وتتقادم بنفس المدة أيضا، الدعاوى التي تثبت من أجل العوار والضياع والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد النقل – سواء كانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو المرسل إليه– أو بمناسبته وتحسب إما ابتداء من اليوم الذي كان يجب فيه تسليم البضاعة، في حالة الهلاك الكلي، أو ابتداء من يوم تسليمها إلى المرسل إليه أو عرضها عليه في ما عدا ذلك من الأحوال[590] وما إليها من الاستثناءات.

وخروجا على المبدأ العام المتأصل في المادة المدنية، تبنى المشرع أجلا قصيرا للتقادم في المادة التجارية، مراعاة منه للمعاملات التجارية التي مناطها السرعة[591] حيث جعل الدعاوى الناشئة عن الالتزامات بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم وبين غير التجار تتقادم بمضي خمس سنوات[592] ما لم توجد مقتضيات خاصة مخالفة كما

589– انظر البندان 2 و3 من الفقرة 1 من الفصل 389 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم على التوالي بظهيري 8 أبريل 1938 و17 فبراير 1939.

590– أنظر البند 4 من الفقرة 1 من نفس الفصل المومأ إليه في الهامش السابق. والفقرة 2 منه.

راجع كذلك القرار رقم 2750 الصادر بتاريخ 20 نونبر 1985 في الملف المدني عدد 94865. المتعلق بالتقادم في عقد النقل البحري. –المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي. دجنبر 2000. العدد 41. مركز النشر والتوثيق القضائي. ص 50– الذي ميز المجلس الأعلى فيه بين أجل السقوط وهو تسعون يوما ولأجل التقادم وهو سنة.

591– أو "لضمان استقرار المعاملات التجارية"، كما ورد في قرار المجلس الأعلى رقم 1957 الصادر في الملف التجاري عدد 00.1844 بتاريخ 26 شتنبر 2001. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي دجنبر 2000. مركز النشر والتوثيق القضائي.

592– الشيء الذي أكده في إطار المادة 5 من مدونة التجارة.

هو الأمر مثلا بالنسبة للكمبيالة والسند لأمر والشيك[593] ولعله راجع في ذلك أن التجار لا يتأخرون في المطالبة بحقوقهم ويستمرون في السعي للحصول عليها بسبب حاجتهم الكبيرة إلى المال وأيضا للحد من المنازعات الناشئة عن تلك الالتزامات في أقصى سرعة ممكنة[594].

رابعا : حل المنازعات التجارية عن طريق القضاء او التحكيم

مع مرور الزمن، أصبح توفير المناخ الملائم للاستثمار وترسيخ دعائم الأمن القانوني في ميدان الأعمال، من أبرز الخيارات الاستراتيجية المرتبطة بالتنمية، خاصة مع اتساع العلاقات الدولية وعولمة الاقتصاد وسرعة تحرك الأموال.

وقد عملت السلطات المختصة جاهدة على توفير المتطلبات المحفزة على المبادرة الحرة وتشجيع المقاولة وتأهيلها حتى تكون قادرة على خوض غمار التنافسية، وكان من أهم المنجزات التي تم تحقيقها

593– فبالنسبة للكمبيالة، يتبين من المادة 288 من مدونة التجارة أنه:
– تتقادم جميع الدعاوى الناتجة عنها ضد القابل بمضي ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ الاستحقاق، وتتقادم دعوى الحامل على المظهرين والساحب بمضي سنة واحدة ابتداء من تاريخ الاحتجاج المحرر ضمن الأجل القانوني أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع بدون مصاريف، في حين تتقادم دعاوى المظهرين بعضهم في مواجهة البعض الآخر وضد الساحب بمضي ستة أشهر ابتداء من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكمبيالة أو من يوم رفع الدعوى ضده.
وتسري هذه الآجال بالنسبة للسند لأمر عملا بالمادة 234 منها.
أما فيما يتعلق بالشيك، فتنص المادة 295 من نفس المدونة على أن أجل التقادم هو: ستة أشهر ابتداء من تاريخ انقضاء أجل التقديم بالنسبة لدعاوى الحامل ضد المظهرين والساحب والملتزمين الآخرين، ويطبق نفس الأجل ابتداء من يوم قيام الملتزم برد مبلغ الشيك أو من يوم رفع الدعوى ضده بالنسبة لدعاوى الملتزمين بوفاء الشيك بعضهم في مواجهة البعض الآخر. أما دعوى حامل الشيك ضد المسحوب عليه فتتقادم بمضي سنة ابتداء من تاريخ انقضاء أجل التقديم.
594– أنظر في هذا المعنى:
– فريدة اليوموري، مرجع سابق ، ص 40.

Scanné avec CamScanner

في هذا الإطار، إحداث المحاكم التجارية بهدف إيجاد هيئات قضائية متخصصة للبت في المنازعات المرتبطة بالأعمال.

ويعد إحداث المحاكم التجارية ببلادنا بموجب القانون رقم 53.95 تجربة رائدة طبعت تاريخ العدالة وسجلت وجودها على مستوى الخريطة القضائية كمؤسسات قضائية متخصصة ينتظر منها ليس فقط الفصل في المنازعات التجارية بكيفية بسيطة وسريعة[595] وفعالة[596] بل وكذلك الإسهام في تنشيط العملية التنموية والرفع من وثيرة الازدهار الاقتصادي والإنعاش الاستثماري[597].

وما يهمنا هو أن القانون رقم 53.95 في معرض تعداده للقضايا التي ينعقد للمحاكم التجارية اختصاص البت فيها نوعيا، ذكر العقود التجارية في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه التي جاء فيها أنه: "تختص المحاكم التجارية بالنظر في:
1- الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية...".

فالنزاعات التي تنشأ عن عقود تجارية مبرمة بين التجار تختص بالنظر فيها إذن المحاكم التجارية، اللهم إذا اتفق الطرفان على عرضها على التحكيم، كما تفيد بذلك الفقرة الأخيرة من نفس المادة:

595- لعل من أبرز ما يطبع القانون القاضي بإحداث المحاكم التجارية ببلادنا، كونه يتضمن العديد من المقتضيات التي تستجيب لعامل السرعة الذي تتسم به المعاملات التجارية، من ذلك كونه جعل إجراءات سير الدعوى وتنفيذ الأحكام الصادرة عنها خاضعة لمدد قصيرة، على ما يظهر مثلا من المواد: 8 و 14 و 16 و 18 و 23. من القانون رقم 53.95.

596- دون الابتعاد طبعا عن المبادئ المألوفة في سير الإجراءات أمام المحاكم العادية الواردة في قانون المسطرة المدنية.

597- للمزيد من التوسع والتفصيل بخصوص المحاكم التجارية، راجع :
- نورة غزلان الشنيوي، التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة: التنظيم القضائي للمملكة في ضوء مستجدات سنة 2016. الطبعة الأولى سنة 2016. الصفحات من 315 إلى 339.

"يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم وفق أحكام الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية"[598].

وبتعبير آخر، فإن المحاكم التجارية تنظر كقاعدة في النزاعات التي لها طابع تجاري صرف، غير أنه يتم الخروج على هذه القاعدة في الحالة التي يكون فيها النزاع ناشئا عن عمل مختلط، حيث ينعقد الاختصاص آنئذ إما للمحكمة التجارية أو العادية بالنظر إلى صفة الطرف المدعى عليه: فإذا كان العمل مدنيا من جانب هذا الأخير وجب على المدعي مقاضاته أمام المحاكم العادية، أما إذا كان تجاريا بالنسبة إليه، فللمدعي الخيار بين رفع الدعوى إما لدى المحكمة العادية أو التجارية.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن المادة الخامسة من القانون رقم 53.95 تجيز للأطراف الاتفاق في العمل المختلط على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية للنظر في النزاع الناشئ بينهم، إلا أن حريتهم في هذا الباب ليست مطلقة، بدليل أن المشرع قرر بموجب بعض الحالات رفع الدعوى أمام المحكمة العادية[599].

598- بموجب المادة 1 من القانون رقم 08.05 .
وجاءت المادة 2 من القانون المذكور تنص على أنه:
"تظل بصورة انتقالية مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المشار إليه أعلاه مطبقة على :
1- اتفاقات التحكيم المبرمة قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ.
2- الدعاوى التحكيمية الجارية أمام الهيئات التحكيمية أو المعلقة أمام المحاكم في التاريخ المذكور إلى حين تسويتها النهائية واستنفاذ جميع طرق الطعن".
599- كما هو الأمر مثلا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بحوادث السير.

Scanné avec CamScanner

وفيما يتعلق بالتحكيم، فمن المعلوم أنه يعد من أهم الوسائل البديلة لتسوية النزاعات إلى جانب الصلح والوساطة والتسوية[600] والتحكيم التجاري على وجه الخصوص يستجيب لحاجيات التجار ورجال الأعمال في حل النزاعات بالشكل العملي والفعال نظرا لما يتميز به من سرعة في البت وسرية الجلسات واحترام سلطان الإرادة في اختيار الأطراف لمحكمهم واختيار مكان التحكيم ولغته وقواعد الإجراءات وقواعد القانون الواجب التطبيق، لذلك وعيا منه بضرورة توعية المقاولات من أجل اللجوء إلى الطرق غير القضائية لحل النزاعات التجارية، قام الاتحاد العام لمقاولات المغرب منذ سنة 1997 بخلق "مجلس للوساطة" هدفه المساهمة في حل عدد من المشاكل عن طريق الوساطة، والذي تم تحويله فيما بعد إلى "مؤسسة وسيط الاتحاد العام لمقاولات المغرب" لإعطائه وزنا أكبر وجعله قادرا على التدخل الفعال في حل النزاعات ذات الطابع التجاري، وكذلك نزولا عند التعليمات السامية لجلالته[601] عملت الحكومة على إدخال هذه الوسائل إلى منظومتنا القانونية والقضائية.

وعلى العموم، فإن مقتضى التحكيم، أن يقوم شخص يعينه المتعاقدان مسبقا أو يتفقان على تعيينه فيما بعد لفض النزاع الذي يمكن أن ينشأ بينهما دون أن يقصدا المحاكم.

600- يتضح من المادة 4 من النظام الأساسي لغرف التجارة والصناعة والخدمات أنه من مهام الدعم والترويج التي تضطلع بها هذه الأخيرة، إحداث مراكز للتحكيم والوساطة التجارية.

601- ونستحضر هنا على سبيل المثال، خطاب جلالته المؤرخ في 29 يناير 2003 الذي ألقاه بمناسبة افتتاح السنة القضائية ودعا فيه حكومته إلى تنويع مساطر التسوية التوافقية لما ينشأ من منازعات بين التجار، واستجابة لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته وجلب الاستثمار الأجنبي.

ويخضع تنظيم التحكيم بنوعيه المدني والتجاري للمقتضيات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية[602] علما أن الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية تنص على جواز اللجوء إليه في المادة التجارية.

ومن الملاحظ، أن التجار والمقاولات التجارية توثر اللجوء إليه اعتبارا لما ينطوي عليه من إيجابيات، إذ هو كقضاء للمحيط المهني يتميز بتخصص القائمين به في مجال الأعمال، وكنظام اختياري، يمكن الركون إليه طواعية من أجل فض النزاعات.

602- يراد بالتحكيم في ظل القانون المشار إليه أعلاه، حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم.
ويكون التحكيم إما خاصا، حيث تتكفل الهيئة التحكيمية بتنظيمه مع تحديد المسطرة الواجب اتباعها ما عدا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، أو اختاروا نظام تحكيم معين. أو مؤسساتيا، وذلك عندما يعرض على مؤسسة تحكيمية تتولى تنظيمه وضمان حسن سيره طبقا لنظامها.
كذلك يكون التحكيم دوليا، عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ويكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج، وهو تسري عليه مقتضيات هذا الفرع من قانون المسطرة المدنية، دون الإخلال بما ورد في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من لدن المملكة المغربية والمنشور بالجريدة الرسمية.
أما اتفاق التحكيم-الذي يكتسي شكل عقد أو شرط تحكيم- فهو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية.
ويمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاصات المحاكم التجارية عملا بالمادة الخامسة من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية، علما بأنه يجوز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية أن تبرم اتفاقات تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها.
ويجب عدم الخلط في هذا الصدد بين عقد التحكيم وشرط التحكيم: فالأول اتفاق يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينه بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية، في حين أن الثاني اتفاق يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على النزاعات التي قد تنشأ على العقد المذكور.

Scanné avec CamScanner

الفقرة الثانية: عنصر الثقة والائتمان في المعاملات التجارية

بما أن الائتمان[603] روح الحياة التجارية، فإن المشرع وجد من الضروري تدعيمه ببعض الأحكام التشريعية التي تروم المحافظة على حقوق الدائنين وتوفير جو من الاستقرار في محيط البيئة التجارية والتي ارتأينا أن نتناول منها ما يلي:

أولا: افتراض التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية

يعد افتراض التضامن بين المدينين من أهم الدعائم التي أقرها المشرع لحماية أحد الركائز التي تقوم عليها المعاملات التجارية ألا وهو الائتمان، وإذا كان التضامن بين المدينين لا يفترض في المادة المدنية، وإنما يجب أن ينتج صراحة من السند المنشئ للالتزام، أو من القانون، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة، وهي قاعدة ثابتة في قانون الالتزامات والعقود[604] فإنه يفترض في الالتزامات التجارية[605] بنص المادة 335 من مدونة التجارة التي جاء فيها أنه:

603- يحمل الائتمان في معناه تلك الثقة التي بمقتضاها يرتضي أحد طرفي العقد إعطاء المتعاقد الآخر حالا أو بعد حين، أداء معينا قد يكون أموالا أو أشياء أخرى لمساعدته على تحقيق نفع معين، وتزداد هذه الثقة كل ما اقترنت بضمان من شأنه أن يؤمن استرداد هذا الأداء.

604- وبالضبط في الفصل 164 منه.

أما الفصل 166 منه، فينص على أنه:

"يثبت التضامن بين المدينين، إذا كان كل منهم ملتزما شخصيا بالدين بتمامه وعندئذ يحق للدائن أن يجبر أيا منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه، لكن لا يحق أن يستوفيه إلا مرة واحدة".

605- إذا كان لا يجوز الاتفاق على نفي التضامن بين المدينين بدين تجاري كلما كان هناك نص آمر مثلما هو الحال بالنسبة للمادة 155 من مدونة التجارة التي تفيد في إطار التسيير الحر بما يلي:

"فضلا عن تطبيق مقتضيات المادة، يسأل مكري الأصل على وجه التضامن مع المسير الحر عن الديون المقترضة من طرفه بمناسبة استغلال الأصل وذلك إلى

"يفترض التضامن في الالتزامات التجارية".

ويفترض التضامن بين المدينين في المادة التجارية لتحقيق مجموعة من الأهداف، منها دعم الائتمان التجاري، وتجنيب الدائن خطر الصعوبة المالية لأحد مدينيه، ناهيك عن أن المعاملات التجارية طابعها السرعة مما لا يتوفر معه عادة الوقت الكافي للبحث عن مدى يسر كل مدين.

وعلى أساس هذا المبدأ الذي يعد من أهم الدعائم التي فرضها المشرع لحماية الائتمان، وأحد الركائز التي يقوم عليها العمل التجاري يحق للدائن مطالبة أيا كان من المدينين في عملية مشتركة بينهم بكل الدين لا بنصيب أو بقدر حصته فيه، ويمكنه أن يطالبهم به منفردين كانوا أم مجتمعين، وفي هذا ضمانة لحقوقه فيما لو طرأت لأحدهم صعوبة مالية، إذ يسوغ له استيفاء كل الدين من الطرف الآخر، كما لا يجوز لأي من هؤلاء أن يدفع في مواجهته بالتقسيم، أي دفع نصيبه من الدين أولا ومطالبة الآخرين بالباقي، وإذا قام أحدهم بالأداء، كان له الحق في الرجوع على الباقين ومطالبتهم بالدين كل بقدر حصته[606].

نشر عقد التسيير الحر وخلال مدة الستة أشهر التي تلي تاريخ النشر". فإنه يستشف من محتوى الفصل 165 والفقرة 1 من الفصل 912 والفقرة 1 من الفصل 1133 أنه يسوغ الاتفاق في السند المنشئ للالتزام على نفيه، حيث جاء فيها تباعا ما يلي:

- "يقوم التضامن بحكم القانون في الالتزامات المتعاقد عليها بين التجار لأغراض المعاملات التجارية، وذلك ما لم يصرح السند المنشئ للالتزام أو القانون بعكسه".

- "إذا تعدد الوكلاء فإن التضامن لا يقوم بينهم إلا إذا اشترط، ومع ذلك فإن التضامن يقوم بقوة القانون بين الوكلاء:

أولا: ...

ثانيا:...

ثالثا: إذا أعطيت الوكالة بين التجار لأعمال التجارة، ما لم يشترط غير ذلك...".

- "الكفالة لا تقتضي التضامن، ما لم يشترط صراحة.

وفي هذه الحالة الأخيرة، وفي الحالة التي تعتبر الكفالة فيها فعلا تجاريا بالنسبة إلى الكفيل، تخضع آثار الكفالة للقواعد المتعلقة بالتضامن بين المدينين".

606- أنظر في هذا المعنى:

- فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص 38 وص 39.

ثانيا: خصائص الفائدة في المعاملات التجارية

الأصل أن يدفع المدين الفوائد عن كل تأخير في أداء دينه داخل الأجل المتفق عليه مسبقا بينه وبين الدائن. غير أن تلك الفوائد تختلف بحسب ما إذا كان الدين مدنيا[607] أم تجاريا لا من حيث سعرها ولكن من حيث نظامها بالنسبة إليهما.

وبتعبير آخر، فإنه رغم توحيد سعر الفائدة بالنسبة للمعاملات المدنية والتجارية[608]-بعد أن كان يميز بينهما-بموجب الظهير الشريف الصادر في 16 يونيو 1950 وتحديدها في 6% بخصوص الفائدة القانونية[609] و10% بالنسبة للفائدة الاتفاقية[610].

607- يشتمل قانون الالتزامات والعقود على مجموعة من المقتضيات وردت في الفصول من 870 إلى 878 منه في الباب الخاص "بالقرض بفائدة". وهي قواعد عامة يمكن تطبيقها، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 15.95 بشأن مدونة التجارة، وكذا القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان والنصوص الصادرة لتطبيقه.

608- وللإشارة، فإنه يجب إعلام الجمهور بالشروط التي تطبقها مؤسسات الائتمان على عملياتها، لاسيما فيما يتعلق بسعر الفائدة المدينة والدائنة والعمولة، عملا بالمادة 154 من القانون رقم 103.12.

609- من الملاحظ، أن اجتهادات القضاء المغربي غير مستقرة على التاريخ الذي يعتد به في احتساب الفوائد القانونية، من ذلك أن تارة يقضي بأنها "تعتبر مستحقة في تاريخ حلول الدين إذا كان له أجل محدد" وتارة "بكونها تؤدى من تاريخ التوقف الفعلي للحساب" وتارة أخرى بأنه "يحكم بها من تاريخ الاستحقاق إلى تاريخ الأداء".

أنظر في هذا الصدد:

– حكم المحكمة التجارية بمراكش عدد 1166 الصادر بتاريخ 23 نونبر 2000، المنشور بمجلة المحامي. العدد 39، ص 273.

وكذلك:

– فريدة اليموري، مرجع سابق، ص 39.

610- جاء في الفصل 1 من الظهير الشريف الصادر بتاريخ 16 يونيو 1950 بتغيير الظهير الشريف المؤرخ في 9 أكتوبر 1913 المحدد بموجبه في الأمور المدنية

وهو ظهير خاص أشار إليه الفصل 875 من قانون الالتزامات والعقود بقوله:
"في الشؤون المدنية والتجارية يحدد السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية بمقتضى ظهير خاص".

إلا أنه مع ذلك توجد فوارق جوهرية بينهما لعل أبرزها، أنه يجوز اعتبار الفوائد من رأس المال المنتج لها في الحسابات الجارية بالنسبة للمعاملات التجارية بعد انتهاء نصف كل سنة، حسب ما يفيد به الفصل 873 من نفس القانون أعلاه، إذ ورد فيه أنه:
"..يسوغ في الشؤون التجارية احتساب الفوائد بالشهر، ولكن لا يسوغ اعتبارها من رأس المال المنتج للفوائد حتى في الحسابات الجارية إلا بعد انتهاء كل نصف سنة" خلافا للمعاملات المدنية بدليل ما ينص عليه الفصل الموالي بقوله:
"يكون باطلا بين كل الناس اشتراط كون الفوائد غير المدفوعة تضم في آخر كل عام إلى رأس المال الأصلي لتصبح هي نفسها منتجة للفوائد".

ناهيك عن أنه لا يجوز حساب الفوائد في المعاملات المدنية إلا على أساس سعر يعين عن سنة كاملة، بينما يتم بالشهر في نظيرتها التجارية بصريح الفصل 873 من نفس القانون، الذي جاء في مطلعه أنه:
"لا يسوغ حساب الفوائد إلا على أساس سعر يعين عن سنة كاملة. ويسوغ في الشؤون التجارية احتساب الفوائد بالشهر...".

والتجارية مقدار الفوائد القانونية وأقصى الفوائد الاتفاقية-المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1968، بتاريخ 14 يوليوز 1950، ص 1416- أنه:
"يحدد في ستة في المائة 6% مقدار الفوائد القانونية في الأمور المدنية والتجارية كما يحدد في عشرة في المائة 10% أقصى الفوائد-الاتفاقية في الأمور المدنية والتجارية".

والجدير بالملاحظة، أنه تخرج على هذا الإطار الفوائد البنكية لكون تحديدها يكون بقرار لوزير المالية مع مراعاة الصلاحيات المخولة لبنك المغرب في هذا المضمار[611].

ثالثا: الوقاية من الصعوبات المالية للتاجر ومعالجتها

ظهر نظام الإفلاس كما هو معلوم في ظل القانون التجاري القديم الصادر في 12 غشت 1913 الذي عرفه في المادة 197 منه بقوله:
"كل تاجر توقف عن أداء ديونه يعتبر في حالة إفلاس..." ورتب على ذلك آثارا قاسية -إن لم يحظ التاجر المتوقف عن دفع ديونه عند الحلول أو في تاريخ استحقاقها بصلح ودي أو قضائي- كوضع الأختام وبيع الأموال المنقولة والعقارية وما إلى ذلك مما يكون له وقع سلبي وخطير عليه، خاصة وأن الإفلاس ينطوي على معنى التنفيذ على الأموال وتحكمه مسطرة واحدة[612].

611- الفائدة البنكية في الاصطلاح الاقتصادي هي ثمن خدمة مصرفية، وهي تحدد حسب ميكانيزمات السوق أي وفق قانون العرض والطلب، لكن في حدود تقررها السلطات المالية.

وفي هذا المعنى، جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش في الملف رقم 99.505 بتاريخ 28 يونيو 1999 -المنشور بمجلة الإشعاع. العدد 20 ص 209- أن:
"السعر الأقصى للفائدة البنكية لا يعتبر طليقا وإنما يخضع تحديده لضوابط حددها قرار وزير المالية بتاريخ 20 فبراير 1977.
إن البنك الذي حدد الفائدة بنسبة تتجاوز الحد المقرر قانونا يكون قد أخل بالضوابط الواجب على المؤسسات البنكية التقيد بها وأسقط بالتالي قرينة الحجية التي متع بها القانون كشوف الحساب".

612- أنظر في هذا المعنى:
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها. دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن. الجزء الأول: في النظرية العامة والأهداف ومساطر الوقاية من الصعوبات: الوقاية الداخلية. الوقاية الخارجية. والتسوية الودية. الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة. سنة 2007 ص 131.

Scanné avec CamScanner

غير أن مدونة التجارة لسنة 1996 استعاضت عنه بنظام صعوبات المقاولة[613] الذي تطرقت إليه في كتابها الخامس-في المواد من 545 إلى 732- الذي يرتكز على ميكانيزمات قانونية لإنقاذ المقاولة من الانهيار وضمان استمرارية نشاطها بالطرق الوقائية أو بوسائل المعالجة حسب الأحوال[614] وذلك اعتبارا للدور الكبير الذي تلعبه المقاولة في التنمية فهي أحد محركاتها الأساسية، لذلك لا غرو إن أصبحت التشريعات تهتم ليس فحسب بتنظيمها، بل وكذلك بحمايتها من الأخطار التي تهددها، ووضع الوسائل الكفيلة بإنقاذها منها.

وحسبما يظهر من محتوى المواد من 545 إلى 559 من مدونة التجارة، فإنه يمكن تذليل صعوبات المقاولة التي لم تتوقف بعد عن دفع ديونها، استنادا إلى طرق وقائية، منها ما هو داخلي[615] يتصل بأجهزة

613- يراد بصعوبة المقاولة، تلك الوقائع التي من شأنها أن تخل باستمرارية الاستغلال أو الاستثمار، وتكون ذات طابع مالي كتقهقر السيولة والأموال المتداولة أو تكون مرتبطة بالاستغلال والمناخ الاقتصادي، كالمنافسة أو الهلاك الكلي أو الجزئي لأجهزة الإنتاج أو النقص في الطلب ونحو ذلك، أو تكون ذات طابع اجتماعي مثل الإضراب واحتلال المقاولة من طرف العمال، كما قد تكون أيضا ذات طابع إداري كالتسيير السيء وما إليه.
وتتم الوقاية من هذه الصعوبات باستئصال تلك الدلائل الأكيدة التي من شأنها إحداث صعوبات حقيقية أو احتمالية، إما عن طريق التسوية القضائية أو التصفية القضائية.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، نفس المرجع السابق، الصفحات: 77 و 78 و 80 و83.

614- أحمد شكري السباعي، نفس المرجع المذكور في الهامش السابق، ص 83.
- عبد الرحيم بحار، مرجع سابق، ص 342.

615 – في إطار الوقاية الداخلية أصبحت المادة 546 من القانون رقم 15.95 كما غيرت وتممت بالقانون رقم 18.14 تنص على ما يلي:
"إذا لم يعمل رئيس المقاولة تلقائيا على تصحيح الإخلال الذي من شأنه أن يؤثر سلبا على استغلالها، يبلغ إليه مراقب الحسابات إن وجد أو أي شريك في الشركة الوقائع التي من شأنها الإخلال باستمرارية استغلالها داخل أجل ثمانية أيام من

الإدارة فحسب- بعيدا عن الدائنين والقضاء-التي تفتح حوارا حول الوقائع التي تم اكتشافها والتي قد تخل باستمرارية استغلال المقاولة وتبحث عن أفضل الحلول وأكثرها فعالية لتصحيح وتسوية وضعيتها وإعادة التوازن الاقتصادي أو المالي أو الاجتماعي إلى وضعه الطبيعي[616] ويتم تحريك هذه المسطرة من قبل هيئة ثنائية تتمثل في مراقب الحسابات إن وجد أو أي شريك في الشركة[617].

ومنها أيضا ما هو خارجي، باعتبار أن الجهات التي تحرك مسطرة الوقاية الخارجية والتسوية الودية[618] لا تنتمي إلى الهيئات الداخلية للمقاولة ولا تربطها بها مصالح مشتركة، وإنما هي تساهم فحسب في إنقاذ هذه الأخيرة من الصعوبات التي تعترضها، ونقصد هنا

اكتشافه لها برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل تتضمن الدعوة إلى تصحيح ذلك الإخلال.

إذا لم يستجب رئيس المقاولة لذلك خلال خمسة عشر يوما من التوصل أو لم يصل شخصيا أو بعد تداول مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الأحوال إلى نتيجة مفيدة، وجب عليه العمل على تداول الجمعية العامة المقبلة في شأن تلك بعد سماعها لتقرير المراقب".

616- أنظر في هذا السياق:

- أحمد شكري السباعي، نفس المرجع المومأ إليه أعلاه، ص 147.

617- وهو ما يتضح من مطلع المادة 546 منها.

618- التسوية الودية اتفاق يبرم بواسطة ومساعدة المصالح الذي يعينه رئيس المحكمة التجارية قصد إجراء مفاوضات توفيقية بين المقاول وكافة الدائنين أو الدائنين الرئيسيين فقط لاتخاذ التدابير اللازمة لإنقاذ المقاولة من الصعوبات وتسوية وضعيتها. وهو اتفاق يتطلب فيه تصديق رئيس المحكمة التجارية والإيداع لدى كتابة ضبطها.

راجع كلا من المادة 553 و556 من نفس المدونة.

وأيضا:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 247.

Scanné avec CamScanner

كلا من رئيس المحكمة التجارية، والوكيل الخاص، والمصالح والدائنون، إلى جانب رئيس المقاولة طبعا[619].

هذا باختصار عن مساطر الوقاية من الصعوبات، أما فيما يتعلق بمساطر المعالجة فيمكن القول في كلمة وجيزة إنها تطبق[620] على كل تاجر وكل حرفي وكل شركة تجارية، ليس بمقدورهم سداد الديون المستحقة عليهم عند الحلول، بما في ذلك الديون الناجمة عن الالتزامات المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 من مدونة التجارة.

وبتعبير آخر، فإنه يتعين على رئيس المقاولة المتوقفة عن الدفع أن يطلب فتح مسطرة المعالجة وفقا للشروط المقررة قانونا في هذا الباب[621].

وفي هذه الحالة، إما أن يقضي الحكم بالتسوية القضائية فيما لو تبين أن وضعية المقاولة ليست مختلة تماما[622] وبالتالي فإنها تستمر في مزاولة نشاطها[623] تحت إشراف القاضي المنتدب والسنديك وبمساعدة رئيسها عند الاقتضاء[624] وإما أن يقضي بفتح مسطرة التصفية القضائية إذا ثبت أن وضعيتها مختلة بشكل لا رجعة فيه[625] مع ما يترتب على ذلك من تخلي المدين بقوة القانون عن تسيير أمواله والتصرف فيها بما فيها

619- راجع على التوالي المواد الآتية من مدونة التجارة 548 و 549 و 553 و556.

620- كما تقيد به المادة 560 من مدونة التجارة.

621- أفرد المشرع لشروط الافتتاح المواد من 560 إلى 570 من نفس المدونة.

622- تبعا لما تقضي به الفقرة 1 من المادة 568 من نفس المدونة.

623- كما تنص على ذلك الفقرة 1 من المادة 571 منها. مع العلم أنه يمكن للمحكمة في أي وقت أن تأمر بتوقيف المقاولة عن ممارسة نشاطها جزئيا أو كليا والنطق بتصفيتها القضائية، وذلك بناء على طلب معلل من السنديك أو من مراقب أو من رئيس المقاولة أو تلقائيا، وبناء على تقرير للقاضي المنتدب، عملا بالمادة 572.

624- انظر في هذا الصدد:

- امحمد لفروجي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، مرجع سابق، ص 394.

625- على حد تعبير المشرع في الفقرة 1 من المادة 619 من نفس المدونة.

تلك التي امتلكها بأي وجه من الوجوه، إذ يقوم مقامه في ممارسة حقوقه وإقامة الدعاوى[626] بشأن ذمته المالية السنديك طوال فترة التصفية القضائية[627] ما لم تتطلب المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين استمرار نشاط المقاولة الخاضعة للتصفية القضائية، إذ عندئذ يسوغ للمحكمة أن تأذن بذلك لمدة تحددها إما تلقائيا استنادا إلى سلطتها التقديرية، أو بطلب من السنديك أو وكيل الملك[628].

626- لكن يمكن مع ذلك للمدين -كما يتضح من الفقرة الأخيرة من المادة 619- أن يمارس الدعاوى وأن ينتصب طرفا مدنيا بهدف إثبات إدانة مقترف جناية أو جنحة في حقه، على أن يستخلص التعويض الذي يمكن أن يحكم له به لفائدة المسطرة المفتوحة.

627- وهو ما تؤكده الفقرة 3 من المادة 619.

628- الشيء الذي تفيد به الفقرة 1 من المادة 620 من نفس المدونة.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثالث
العقود التجارية من خلال تصنيفها وتنظيمها

على غرار اهتمام رجال الفقه القانوني بتقسيم الأعمال التجارية إلى أعمال تجارية أصلية وأعمال تجارية بالتبعية وأعمال تجارية مختلطة[629] فإن البعض منهم عمد إلى تصنيف العقود التجارية بالنظر إلى موضوعها[630] وانتهى إلى أنه يمكن تقسيمها على هذا الأساس إلى عقود الضمان أو الرهن التجاري، وعقود الوساطة التجارية، وعقود الخدمات التجارية، ثم العقود البنكية والتمويلية.

هذا بالنسبة للفقه، أما فيما يخص التشريع، فيمكن القول، بأنه كلما كثر تداول عقود ما واشتدت حاجات الأشخاص إليها وتطلبتها ضرورات العصر وإكراهاته، إلا وبادر المشرع إلى خلع اسم عليها وسن أحكام خاصة تنظمها تمييزا لها عن غيرها، علما أن الخلفيات والأهداف التي تحركه تختلف من مشرع إلى آخر.

الفقرة الأولى : تصنيف الفقه للعقود التجارية

إن عملية تصنيف العقود عموما والتجارية على وجه الخصوص ضمن فصائل أو مجموعات لا يعد مجرد نشاط ذهني ينهض به رجل القانون بهدف الحصول على جرد- أو ترتيب منطقي لها، وإنما هو

629- أنظر في هذا الشأن مثلا:
- فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 83.
- عز الدين بنستي، مرجع سابق، ص 113.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية: دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن. الجزء الأول، مرجع سابق، ص 70.
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 70.

630- أنظر في ذلك:

Scanné avec CamScanner

عملية تسعف في معرفة الأحكام التي تسري على كل مجموعة على حدة.

وكما تم ذكره، فإن جانبا من الفقه قسم العقود التجارية بحسب موضوعها إلى عقود الرهن التجاري، وعقود الوساطة التجارية، وعقود الخدمات التجارية، ثم العقود البنكية والتمويلية، والتي سنعرج عليها بحسب النطاق الذي يخدم مضمون هذا المبحث روحا ومعنى وذلك كالآتي:

أولا: عقود الرهن والوساطة التجارية

سنتناول ضمن هذه النقطة من جهة عقود الرهن، ومن جهة أخرى عقود الوساطة التجارية وذلك تباعا كالآتي:

1- عقود الرهن التجارية

تفرض أحيانا القدرة المحدودة للشخص، اعتماده على الغير في تمويل ما يريد تحقيقه من مشاريع، لكن حتى تبلغ هذه العملية الهدف المتوخى منها، وجب أن تتولد الثقة لدى الدائن في المدين الذي سيفي بالدين عند حلول أجله، أي أنه بتعبير آخر، لابد أن يتوفر هذا الأخير على ضمان حماية لحقوق الدائن حالة تعرضه لصعوبة مالية.

لذا، عملت التشريعات المقارنة على وضع مجموعة من الوسائل لحماية حقه -كحق الحبس وغيره- في مقدمتها ما يسمى بالضمانات العينية[631] التي ترتبط ارتباط وثيقا بالائتمان والتي يعتبر الرهن من

631- إن الضمانات أو التأمينات عبارة عن وسائل من شأنها أن توفر للدائن تأمينا لأداء مبلغ الدين عند عدم تسديده من لدن المدين.
وتنقسم الضمانات إلى شخصية، وتعني إلحاق ذمة أو أكثر بذمة المدين لضمان الوفاء بالالتزام عند عجزه عن ذلك، ومنها الكفالة. وعينية، تنشأ عن طريق تخصيص مال معين مملوك للمدين لضمان الوفاء بالدين، وهي تخول للدائن حق

Scanné avec CamScanner

أهمها في المجال التجاري، لأنه إذا كان الائتمان يقوم على أساس الثقة المفترضة في شخص التاجر وفي مركزه المالي، إلا أنها أصبحت غير كافية لتشجيع الدائنين، لاسيما البنوك، على التعامل مع المدينين في غياب تأمينات عينية تؤخذ بعين الاعتبار، أي أنه لابد لإنجاح عملية تمويل أي مشروع من تقديم ضمانات كافية تفاديا لما قد يعترض هؤلاء من مشاكل مالية، عن طريق إبرام عقود رهن تجارية، كرهن الأصل التجاري، والرهن الحيازي للمنقول، ورهن القيم المنقولة.

2- عقود الوساطة التجارية

لقد تطورت المعاملات التجارية ونشطت الوساطة إلى درجة أنه أضحى من الضروري تدخل الوسطاء لتسهيلها عن طريق ربط التواصل وتقريب العلاقات التعاقدية، وهكذا أصبحت العقود التجارية تبرم عن طريق هؤلاء[632] علما أن الوساطة التجارية تتنوع بالنظر إلى العقود التي ترد عليها وكذا الدور الذي يقوم به هؤلاء الوسطاء في سبيل إبرام هذه الأخيرة، وتعتبر السمسرة والوكالة التجارية والوكالة بالعمولة عقود وساطة تجارية.

ثانيا: عقود الخدمات التجارية

إن العقود التي يكون أحد أطرافها شخصا يباشر على وجه الاعتياد أو الاحتراف تقديم خدماته للغير بعوض تسمى بعقود الخدمات

الأولوية في استيفاء دينه من ثمن ذلك المال وتتبعه في أي يد كان فيها، ومنها الرهن.

632- مصطفى كمال طه وعلي البارودي، القانون التجاري: الأوراق التجارية. الإفلاس. العقود التجارية. عمليات البنوك. الطبعة الأولى، سنة 2001. ص 515.

Scanné avec CamScanner

التجارية التي يدخل في خانتها مثلا النقل[633] والتأمين والبريد والمواصلات وغير ذلك.

633- ربما ليس من المبالغ فيه القول بأنه ما من نشاط إلا ويتدخل النقل فيه مؤكدا حضوره بقوة وبالتالي أهميته الحيوية: فالمرء في حياته اليومية أصبح في حاجة ماسة إلى الانتقال من مكان إلى آخر، والتاجر قد تدعوه تجارته إلى السفر صوب أماكن معينة لعقد صفقات، والسلع والبضائع وغيرها من المنتجات قد تكون محلا لعمليات نقل متعاقبة من أماكن إنتاجها أو صنعها إلى أماكن الاستهلاك أو الاستعمال...وذلك عبر وسائل مختلفة، عرفت مع تحولات العصر تطورا هائلا مما أدى إلى وجود أنظمة قانونية للنقل، من نظام نقل بري إلى نظام نقل بحري ونهري وجوي، ومن نظام نقل الأشخاص إلى نظام نقل الأشياء، وهي أنظمة لم يقتصر سنها على التشريعات الوطنية، بل أسهمت فيها وبنصيب كبير الاتفاقيات الدولية.

وبعد أن ذكرت مدونة التجارة النقل في المادة السادسة منها في معرض سياقها للأنشطة التجارية التي تكسب المرء صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية فإنها عالجته في المواد من 443 إلى 486، حيث انطلقت من تعريفه في الفقرة 1 من المادة 443 بكونه:

"اتفاق يتعهد بمقتضاه الناقل، مقابل ثمن بأن ينقل شخصا أو شيئا إلى مكان معين مع مراعاة مقتضيات النصوص الخاصة في مادة النقل والاتفاقيات الدولية التي تعد المملكة طرفا فيها".

وأضافت قائلة في الفقرة 2 منها بأنه:

"تسري على عقد النقل كل من القواعد العامة المتعلقة بعقد إجارة الصنعة والمقتضيات الآتية".

وعلى العموم، فإن النقل يعتبر تجاريا سواء كان نقلا للأشخاص أو الأشياء وسواء كان بريا أو جويا أو بحريا وسواء قام به شخص طبيعي أو معنوي.

وهو يكون تجاريا بالنسبة للناقل متى زاوله على وجه الاعتياد أو الاحتراف، أما بالنسبة للراكب أو صاحب البضائع فلا يعد كذلك إلا إذا كان تاجرا وتعلق النقل بتجارته.

غير أن ما يلاحظ على المشرع المغربي، كونه قرر تطبيق قواعد النقل على التاجر الناقل ولو قام بهذا العمل بطريقة عرضية وغير منتظمة الشيء الذي تفيد به المادة 444 من مدونة التجارة، حيث ورد فيها أنه:

ثالثا: العقود البنكية والتمويلية

يعد البنك إحدى مؤسسات الائتمان حيث يتخذ شكل شركة مساهمة ذات رأسمال ثابت، وهو تاجر يحترف تجارة الأموال، ووسيط بين المودعين فيما يخص استثمار أموالهم أو المحافظة عليها أو هما معا، وبين التجار فيما يتعلق بتمويل مشاريعهم.

ونظرا للمكانة التي يتبوأها داخل النسيج الاقتصادي، فإن المشرع تدخل لتنظيم المهنة البنكية من خلال العديد من الظهائر والمراسيم والقرارات، التي كان من أبرزها قرار مدير المالية لسنة 1943، الذي استمر العمل به وبالقرارات المتممة له إلى غاية صدور المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 66. 1067 بتاريخ 21 أبريل 1967 المتعلق بتنظيم المهنة البنكية والقرض، والظهير الشريف رقم 1.93.147 في 6 يوليوز 1993 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها[634] الذي شكل صدوره نقلة نوعية في تنظيم المهنة البنكية إلا أن الممارسة التطبيقية لمقتضياته كشفت عن مجموعة من الثغرات التي اعترته، مما حذا بالمشرع إلى نسخه بموجب الظهير الشريف رقم 1.05.178 الصادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[635] الذي تم نسخه هو الآخر بالظهير الشريف رقم 1.14.193 الصادر في 24 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[636] حيث جاء بنوع جديد من البنوك يتمثل في البنوك التشاركية، التي تشكل مع البنوك الحرة المحدثة بموجب الظهير الشريف رقم 1.91.131 الصادر بتاريخ 26 فبراير 1992 القاضي بتنفيذ القانون رقم 58.90 المتعلق

"تطبق قواعد النقل على التاجر الذي يقوم عرضا وبمقابل بنقل أشخاص أو أشياء ولو لم يكن يمارس النقل بصفة اعتيادية".

634- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4210 بتاريخ 7 يوليوز 1993. ص 1156.

635- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006. ص 435.

636- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015. ص 462.

Scanné avec CamScanner

بالمناطق المالية الحرة[637] منظومة المؤسسات البنكية في النظام البنكي المغربي، التي يبسط عليها بنك المغرب[638] رقابته كمؤسسة مصرفية تقوم بنفس المهام التي تباشرها الأبناك التجارية، وأيضا كممثل للسلطة العامة في ممارسته مهام الرقابة على السوق النقدية.

والجدير بالذكر، أن صمود هذه المؤسسات في العصر الحالي يقتضي مواكبة متواصلة لما تسفر عنه البيئة الإلكترونية من تطورات[639] وذلك من خلال تطوير الخدمات البنكية على عدة أصعدة منها البنية التقنية التحتية اللازمة لتطوير شبكات الاتصال على المستوى الداخلي والخارجي من أجل تسهيل وتسريع ربط المعلومات، والبنية القانونية التي من شأنها أن تضفي على العمليات والخدمات البنكية الإلكترونية طابع النجاعة والفعالية وتكرس حقوق وواجبات الأطراف

637- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4142 بتاريخ 18 مارس 1992. ص 379.

638- الظهير الشريف رقم 1.05.38 الصادر بتاريخ 23 نونبر 2005 بتنفيذ القانون رقم 76.03 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006. ص 427.

639- أدى نمو التجارة الإلكترونية وتطور قطاع الاتصالات إلى تغييرات بارزة ليس فحسب على مستوى طبيعة وآليات تقديم الخدمات المصرفية وانتشار استعمال وسائل الدفع الإلكترونية وزيادة حجم المعاملات الإلكترونية، وإنما أيضا على مستوى مقدم هذه الخدمات حيث ظهر ما يسمى بـ"البنوك الإلكترونية أو بنوك الأنترنت" التي هي عبارة عن نظام قائم بذاته يرتكز على إدراج الحسابات والسحوبات إلكترونيا بواسطة إدخال كلمة السر والرمز السري المتفق عليهما بين البنك والزبون مثلما يتفقان على التوقيع الإلكتروني وشكله والتحقق من صحته.
وقد عرفت المادة 14 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي الصادر في 21 يونيو 2014، التجارة الإلكترونية بأنها النشاط الاقتصادي الذي من خلاله يعرض شخص عن بعد وعن طريق إلكتروني التزويد بسلع أو خدمات سواء كانت السلعة أو الخدمة منتوجا رقميا قابلا للتسليم إلكترونيا أو كانت منتوجا ماديا يسلم بطرق الإرسال العادية.
ويدخل في نطاق التجارة الإلكترونية أيضا الخدمات التي تتمثل في إعطاء معلومات على الخط أو عرض إعلانات تجارية.

Scanné avec CamScanner

من مؤسسات بنكية وعملاء، وكذلك البنية البشرية، نظرا لأن العنصر البشري يلعب بامتياز دورا طلائعيا في إنجاح أي تطور.

وعلى العموم، فإن البنك يعتمد في مباشرة نشاطه على العديد من الخدمات والعمليات البنكية التي تتخذ شكل عقود تسمى العقود البنكية التي منها الحساب البنكي، وإيداع النقود، وإيداع السندات والتحويل وفتح الاعتماد، والخصم وغيره.

وإلى جانب الأنشطة التي يقوم بها بوصفه كذلك، فإنه يلعب دورا مهما على مستوى التجارة الخارجية كوسيط وضامن بين الأفراد أو المقاولات والبنوك الأجنبية، من خلال ما يعرف بالاعتماد المستندي الذي يعتبر من أبرز العمليات البنكية التي تخضع للقواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالاعتمادات المستندية التي أقرتها غرفة التجارة الدولية.

وقد ظهرت في الآونة الأخيرة وسائل حديثة لتمويل المقاولة تتجسد في الائتمان الإيجاري للمنقول أو للعقار أو للأصل التجاري الذي ليس عقدا بنكيا، بل هو عقد تجاري يندرج في طائفة العقود التجارية المنصوص عليها في القسم الخامس من الكتاب الرابع من مدونة التجارة.

الفقرة الثانية: تنظيم المشرع المغربي للعقود التجارية

مما لاشك فيه أن تنظيم المشرع لعقود معينة يعتبر إنعاشا لها لاسيما وأنه غالبا ما يقر ما دأبت عليه الممارسة التعاقدية ويصوغه في نص تشريعي متوخيا من وراء ذلك تحقيق العديد من الأهداف كالتيسير مثلا على المتعاقدين بوضع أحكام تفصيلية لتنظيم معاملاتهم وتسهيل مهمة القاضي في تطبيق القواعد القانونية المناسبة على العقود المتنازع بشأنها، وتوضيح ما غمض من القواعد العامة بل وتطوير العقد في الاتجاه الذي يرى أنه الأولى بالاتباع.

Scanné avec CamScanner

وما يعنينا هنا هو محاولة تسليط الضوء على موضوعات العقود التجارية التي تولى المشرع تنظيمها في مدونة التجارة، وبالخصوص في كتابها الرابع، بعد إعطاء فكرة ولو مختصرة عن تلك التي أوردها في كتابها الثاني، وهو ما سنتطرق إليه كالآتي:

أولا: تنظيم العقود التجارية في الكتاب الثاني من مدونة التجارة

إذا كان المشرع المغربي قد أفرد الكتاب الأول من مدونة التجارة للتاجر، والكتاب الثالث للأوراق التجارية، والكتاب الخامس والأخير لصعوبات المقاولة، والكتاب الثاني للعقود التي ترد على الأصل التجاري، فإنه عالج العقود التجارية في الكتاب الرابع.

ومن المعلوم أن الكتاب الثاني من مدونة التجارة تضمن بعض العقود التجارية، وعلى وجه التحديد تلك التي تنصب على الأصل التجاري، كبيعه وتقديمه حصة في شركة ورهنه، إضافة إلى إدارته الحرة، وإن دل هذا على شيء فإنما يدل على أنه اعتبارا للدور المهم الذي تلعبه في النشاط الاقتصادي هذه المؤسسة القانونية -المعروفة في بعض التشريعات "بالمحل التجاري" أو "المؤسسة التجارية"[640] أو "الأصل التجاري" وهي التسمية المتداولة في تشريعنا- فإن المشرع

640- أنظر في هذا الشأن:

- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 287.

جاء في المادة 733 من مدونة التجارة أن:

"أحكام هذا القانون - أي القانون رقم 15.95- تنسخ وتعوض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها حسبما وقع تغييرها أو تتميمها مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولاسيما أحكام النصوص الآتية:

- ...

- الظهير الشريف الصادر في 31 دجنبر 1914 بشأن بيع ورهن الأصول التجارية".

Scanné avec CamScanner

المغربي بادر إلى وضع قواعد خاصة بها تضــمن قيامهــا بالوظيفــة المنوطة بها.
وهي بوصفها مالا منقولا معنويا، فإنه يمكن التصرف فيها عن طريق بيعها أو تقديمها حصة في شركة أو رهنها أو تأجيرها بمعزل عن العقار الذي تستغل فيه.

فبيع الأصل التجاري يخضع للقواعد العامة للبيع المذكورة في قانون الالتزامات والعقود في الفصول من 478 إلى 618 منه مع مراعاة الأحكام الخاصة به المنصوص عليها في المواد من 81 إلى 103 من مدونة التجارة[641].

ومثلما يمكن بيع الأصل التجاري، فإنه يسوغ تقديمه حصة في شركة -عملا بالمادتين 104 و105 من مدونة التجارة- وذلك وفق قواعد تروم ضمان حقوق الدائنين خاصة وأن من شأن هذا التصرف أن يفضي إلى نقل ملكيته من مالكه إلى الشركة، مما يفيد خروجه من ضمان دائنيه[642].

ونظرا لما ينطوي عليه الأصل التجاري من قيمة مالية مستقلة ومختلفة عن قيمة العناصر الداخلة في تكوينه، واعتبارا لما يمثله من قيمة ائتمانية بالنسبة للتاجر، فإن المشرع أقر كذلك رهنه ضمانا للوفاء بالديون، وذلك طبقا للمقتضيات القانونية التي تنظمه والتي أدرجها في المواد من 106 إلى 151 من مدونة التجارة.
ومن صلب هذه المقتضيات، يمكن القول، إن الأصل التجاري يخضع لنظام رهن متميز، ومن بين أوجه هذا التميز، أن الرهن يمكن أن يشمل سائر عناصر الأصل باستثناء البضائع، وأنه لا يترتب عليه نقل حيازة

641- للمزيد من التفصيل بالنسبة لبيع الأصل التجاري، راجع مثلا:
- فؤاد معلال، شرح القانون التجاري المغربي الجديد. الجزء الأول: نظرية التاجر والنشاط التجاري، مرجع سابق، من ص 199 إلى ص 212.
642- للتوسع أكثر في هذا الجانب، أنظر نفس المرجع المشار إليه في الهامش السابق من ص 239 إلى ص 242.

Scanné avec CamScanner

الأصل التجاري من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن لئلا يحرم التاجر الراهن من استغلال عنصر من العناصر الهامة التي تمكنه من مزاولة نشاطه التجاري، وأنه يتطلب شكلية معينة تتمثل في الكتابة والشهر ناهيك عن أنه يؤمن الحماية لحقوق الدائن المرتهن من تصرفات المدين الراهن التي قد تؤدي إلى إضعاف ضمانه[643].

أما بالنسبة للتسيير الحر للأصل التجاري، فإنه يعتبر عقدا تسري عليه القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود في الباب المتعلق بالكراء، أي في الفصول من 627 إلى 699 منه علاوة على الأحكام الخاصة به الوارد عليها النص في المواد من 152 إلى 158 من مدونة التجارة.

وهو ليس بعقد إدارة بسيطة للأصل التجاري يعهد بموجبه المالك إلى شخص لإدارته واستغلاله باسمه ولحسابه-أي المالك- كما أنه ليس بعقد كراء من الباطن للعقار الذي يستغل فيه الأصل التجاري، ولا بمثابة تنازل عن الحق في إيجار العقار الذي يستغل فيه هذا الأخير وإنما هو باختصار، عقد إيجار للأصل التجاري، بحيث يمنح المستأجر الحق في استغلاله لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته وحده، ودون تحمل المالك بأي التزام ناتج عن هذا الاستغلال، وذلك في مقابل وجيبة كرائية يدفعها إليه.
فهو إذن عبارة عن تصرف في حق الاستغلال مستقلا عن حق الملكية الذي يظل المالك محتفظا به[644].

643- لأخذ فكرة عن هذا الجانب أنظر نفس المرجع المشار إليه في الهامش السابق، من ص 212 إلى ص 225.
644- للمزيد من التفصيل بخصوص عقد التسيير الحر، أنظر:
- فؤاد معلال، مرجع سابق، من ص 225 إلى ص 238.

ثانيا : تنظيم العقود التجارية في الكتاب الرابع من مدونة التجارة

من حيث التبويب الفني لها، جاءت العقود التجارية في الكتاب الرابع من مدونة التجارة، وبالضبط في المواد من 336 إلى 544 منها، إذ تتعلق المواد من 336 إلى 486 بالعقود التجارية، في حين تخص المواد من 487 إلى 544 العقود البنكية، والتي سنقتصر على التعريف بالبعض منها- على الأقل في الوقت الحاضر- بينما سنتناول بالدراسة والتحليل البعض الآخر.

فبالنسبة للعقود التجارية، فقد تناولها المشرع بالتنظيم اعتبارا لأهميتها وانتشارها في المعاملات، وأفرد لها ستة أقسام من الكتاب الرابع من مدونة التجارة وهي تتمثل في: الرهن والوكالة التجارية والسمسرة والوكالة بالعمولة والائتمان الإيجاري ثم النقل.

كما أفرد جزءا مهما من المقتضيات للعقود البنكية، وذلك في إطار القسم السابع من الكتاب الرابع -أي في المواد من 487 إلى 544- الذي قسمه إلى ثمانية أبواب تشتمل على التوالي على: الحساب البنكي وإيداع النقود، وإيداع السندات، والتحويل، وفتح الاعتماد، والخصم وحوالة الديون المهنية، ثم رهن القيم، وهي عقود سنسلط الضوء عليها تباعا على الشكل الآتي:

الفصل الأول

الرهن وعقود الوساطة التجارية

تستغرق العقود التجارية كوعاء قانوني وإطار تنظيمي لما يحتويه من موضوعات، جزءا مهما من المعاملات التجارية.

وقد حاول المشرع ضمن مدونة التجارة، أن يجمع شتات جلها، إلا أن ما يلاحظ عليه، كونه لم يخصص لها الكتاب الرابع بمفرده، وإنما نظم مجموعة منها فيه ونقصد كلا من: الرهن، والوكالة التجارية، والسمسرة والوكالة بالعمولة، والائتمان الإيجاري، والنقل، إلى جانب العقود البنكية التي تتمثل في كل من الحساب البنكي، وإيداع النقود، وإيداع السندات والتحويل، وفتح الاعتماد، والخصم، وحوالة الديون المهنية، ثم رهن القيم.

وتناول البعض منها في الكتاب الثاني، كبيع الأصل التجاري وتقديمه حصة في شركة، ورهن الأصل التجاري، والتسيير الحر.

وعالج البعض الأخر بموجب نصوص خاصة، كالتأمين مثلا. بل ومنها ما لم يتوله بالتنظيم القانوني على الرغم من الأهمية التي تكتسيها، كما هوالأمر بالنسبة للبيع التجاري، والترخيص التجاري والاعتماد المستندي وغير ذلك.

ومن جهتنا، فإن العقود التجارية التي سنتولى دراستها في هذا الحيز من كتابنا هي الرهن وعقود الوساطة التجارية كما وردت في مدونة التجارة أي الوكالة التجارية والسمسرة والوكالة بالعمولة[645] وذلك على النحو التالي:

645- للاطلاع على هذه العقود في ظل التشريع الفرنسي راجع:
-Georges Ripert Et René Roblot .Traité De Droit Commercial. Sous la direction de Michel Germain. Tome II : EFFETS de commerce, Banque, Contrats commerciaux. Procédures collectives 17 ème édition 2004. Pages de 648 à 688.

المبحث الأول
عقد الرهن

تقضي القاعدة العامة في الوفاء بأن أموال المدين الحاضرة والمستقبلة، تعتبر ضمانا عاما لدائنيه، وهم متساوون فيها حيث يوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم -ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية[646]- غير أن هذا الضمان قد لا يكون كافيا، لذا، فإن الدائن يسعى إلى الحصول من مدينه على ضمان خاص يؤمن له استيفاء دينه ويقيه مزاحمة دائني مدينه وكذا الصعوبات المالية التي قد تعترضه. ومن أنواع هذا الضمان الخاص الرهن[647].

646- وهي الامتيازات والرهون وحق الحبس، حسبما قرره الفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود.

647- الرهن في التشريع المغربي إما حيازي أو رسمي، إذ يخضع الأول للمقتضيات الواردة في الفصول من 1170 إلى 1250 من قانون الالتزامات والعقود التي استهلها المشرع بتعريفه في الفصل 1170 بكونه:

"عقد بمقتضاه يخصص المدين أو أحد من الغير يعمل لمصلحته شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا لضمان الالتزام، وهو يخول الدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين". كما خصص له الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص 5587- المواد من 145 إلى 164 ونص صراحة في المادة 333 منه على أنه:

"ينسخ هذا القانون، الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة" المواد من 145 إلى 164، حيث عرفه في المادة 145 بقوله:

"الرهن الحيازي حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين، ويخول الدائن المرتهن حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه.

تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ".

أما الثاني، فتطبق عليه المقتضيات المنصوص عليها في المواد من 165 إلى 221 من القانون رقم 39.08، الذي يعرفه في المادة 165 منه قائلا:

ويعتبر الرهن في المادة التجارية[648] من أهم التأمينات العينية وأنه بشكل وسيلة فعالة لتوفير الإمكان المالي اللازم لتمويل وتطوير المشاريع التجارية من جهة المدين الراهن، وضمانة أساسية لحق الدائن المرتهن في استيفاء دينه من جهة أخرى.

وعند حديثنا عن الرهن الذي تحتضنه مدونة التجارة بين دفتيها فإننا نستحضر رهن الأصل التجاري الذي تطرق إليه المشرع في الكتاب الثاني منها- أي في المواد من 106 إلى 151- ورهن القيم الذي تناوله ضمن العقود البنكية وختم به كتابها الرابع-بدءا من المادة 537 إلى 544- ثم الرهن الذي استهل به هذا الأخير وأفرد له المواد من 336 إلى 392، والذي لا ندعي أننا سنفصل فيه القول، وإنما سنقتصر في هذه الدراسة على تسليط الضوء على بعض جوانبه.

وللإشارة، فإن المشرع المغربي خرج بالنسبة لهذا العقد عن النهج الذي سلكه بشأن العقود الأخرى، حيث إنه لم يعمل على تعريفه في المادة 336، وإنما ذكر أنواعه، على عكس عدد من التشريعات المقارنة منها قانون التجارة اللبناني الذي ذهب[649] إلى أنه:

"عقد يؤمن بموجبه دين تجاري". وقانون التجارة الأردني الذي نص[650] على أن:"الرهن التجاري هو الذي يعقد ضمانا لدين تجاري".

"الرهن الرسمي حق عيني تبعي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين".

648- إن العبرة في تحديد الرهن هي بطبيعة الدين المضمون، لأنه يكون تابعا له ومن ثم فإنه يكون تجاريا متى عقد ضمانا لدين تجاري، ومدنيا إذا كان الدين المضمون مدنيا. أما إذا كان الدين مختلطا أي تجاريا بالنسبة لأحد الطرفين ومدنيا بالنسبة للآخر، فإن صفة الدين تتحدد عندئذ بطبيعة الدين المضمون بالنسبة للمدين.

أنظر في هذا المعنى:

- مصطفى كمال طه وعلي البارودي، مرجع سابق، ص 505 وص 506.
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 266.

649- في المادة 264 منه.

650- في المادة 60 منه.

ويمكننا قياسا على هذا المعنى، وعن طريق الاستنتاج الضمني لما ورد في الفقرة الأولى من المادة 338 التي تقضي بأنه:

"يثبت الرهن طبقا لأحكام المادة 334 بالنسبة للمتعاقدين والغير سواء قام به تاجر أو غير تاجر من أجل ضمان عمل من الأعمال التجارية" تعريف الرهن التجاري بأنه: "عقد ينشئه تاجر أو غير تاجر من أجل ضمان دين تجاري" أي أن الرهن يعد تجاريا متى تقرر لضمان الوفاء بدين يعد تجاريا، بغض النظر عن صفة الشخص الذي أنشأه.

والجدير بالذكر، أن للرهن التجاري أحكام خاصة به تختلف عن تلك التي تطبق على الرهن المدني، اعتبارا لما تتميز به البيئة التجارية من سرعة وبساطة.

وهو حسب صورته العادية يتطلب انتقال حيازة المنقول المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى أحد من الغير يعينه المتعاقدان[651].

بيد أن هناك حالات يكون فيها من الصعب عدم تمكين المدين من حيازة المنقول، لكونه من الأشياء الضرورية لنشاطه الاقتصادي أو لكون انتقال حيازته من شأنه أن يحمل الدائن المرتهن عبء المحافظة عليه واستثماره، لذلك ظهر نوع من رهن المنقول يتأسس على فكرة عدم انتقال الحيازة، الشيء الذي حاولت المادة 336 من مدونة التجارة أن تصوغه بقولها:

"الرهن نوعان، رهن يفترض معه تخلي المدين عن الحيازة، ورهن لا يفترض فيه ذلك".

651- في هذا الصدد، ينص الفصل 1198 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "إذا تم الاتفاق بين الأطراف على تسليم الشيء المرهون إلى الغير لكن من غير تعيين له، تولت المحكمة عندئذ هذا الاختيار من بين الأشخاص الذين يعينهم الطرفان، وإذا مات ذلك المودع عنده، أودع المرهون لدى شخص آخر يختاره الأطراف وعند الخلاف تعينه المحكمة".

Scanné avec CamScanner

المطلب الأول
الرهن مع نقل حيازة الشيء المرهون

غني عن البيان أن الخاصية الأساسية التي تطبع هذا النوع من الرهون التجارية تتمثل في كونه يستلزم نقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن شأنه في ذلك شأن الرهن الحيازي للمنقول المنظم في القانون المدني، لذلك فهو يخضع للمقتضيات المقررة في مدونة التجارة، وفيما لم تنص عليه يتعين الرجوع فيه إلى الأحكام الواردة في قانون الالتزامات والعقود[652] بقدر اتفاقها مع هذه الأخيرة.

وبالرجوع إلى الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الرابع من مدونة التجارة، وبالضبط إلى المواد من 337 إلى 354 منها تحت عنوان: "الرهن الحيازي للمنقول" نجد أن المشرع تطرق إلى الرهن الحيازي التجاري[653] وكذا إلى الإيداع بالمخازن العامة[654].
ومن جهتنا، سنتطرق من ناحية للرهن الحيازي التجاري، ومن ناحية أخرى للإيداع بالمخازن العامة وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى : الرهن الحيازي التجاري

من الملاحظ، أن الغالب في المعاملات التجارية أن يقع الرهن حيازيا وعلى منقول لأن أموال التاجر التي يستثمرها في نشاطه التجاري تتكون في معظمها من منقولات مادية ومعنوية.

وبتعبير آخر، فإن هذا الرهن الذي يعقده تـاجر أو غيـر تـاجر بمناسبة عمل تجاري لضمان دين تجاري، ويترتب عليه نقـل حيـازة الشيء المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وتطبق عليـه

652- خاصة منها الفصول من 1184 إلى 1230.
653- في المواد من 338 إلى 340 من مدونة التجارة.
654- في المواد من 341 إلى 354 منها.

القواعد العامة للرهن الحيازي للمنقول المقررة في قانون الالتزامات والعقود علاوة على تلك الخاصة به الواردة في مدونة التجارة تسري عليه أيضا حرية الإثبات سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير مهما كانت قيمته، ويشمل هذا المبدأ الطرف التاجر والمدني عملا بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 338 من المدونة، التي تنص على أنه:

"يثبت الرهن التجاري طبقا لأحكام المادة 334 بالنسبة للمتعاقدين والغير سواء قام به تاجر أو غير تاجر من أجل ضمان عمل من الأعمال التجارية".

وتفترض طبيعة هذا الرهن التخلي عن الحيازة، وذلك عن طريق نقل الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، وبالتالي فإنه لا ينعقد ولا ينفذ في حق الغير[655] إلا إذا أفرغ في محرر كتابي ثابت التاريخ يتضمن على وجه التحديد بيان مقدار الدين ووقت حلول أجله وثبوت الاستحقاق ونوع وطبيعة الأشياء المرهونة على وجه يمكن معه التعرف عليها بدقة، بل ولا يكون للدائن المرتهن حق التمتع بالامتياز[656] الممنوح له قانونا على الشيء المرهون والتقدم على غيره من الدائنين[657] ما لم يتم تسليم[658] ونقل هذا الأخير من يد المدين الراهن

655- وفي هذا الصدد ينص المشرع في الفصل 1191 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:

"ومع ذلك، فبالنسبة للغير، لا يتقرر الامتياز إلا إذا وجدت حجة مكتوبة وثابتة التاريخ تتضمن بيانا عن المبلغ المستحق، ووقت حلول الأجل وثبوت الاستحقاق ونوع وطبيعة الأشياء المرهونة وصنفها ووزنها وقياسها، على وجه يمكن معه التعرف عليها بدقة، ويسوغ ذكر هذا البيان في عقد الرهن أو في رسم يلحق به".

656- يتقرر هذا الامتياز عملا بالفصل 1195 من نفس القانون المذكور أعلاه بتسليم السند المثبت للدين أولا، وثانيا بإعلام المدين بكيفية رسمية أو قبوله الرهن بموجب محرر ثابت التاريخ لاسيما وأن الدين غير الثابت في مثل هذا المحرر لا يصح أن يكون محلا للرهن.

657- يستفاد من الفصل 1184 من نفس القانون، أن الرهن الحيازي للمنقول يخول للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين، وبيعه عند

إلى حيازة الدائن المرتهن، أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان[659] بحيث يكون بمثابة نائب في الحيازة عن الدائن المرتهن[660] أو "حارس اتفاقي"[661] يلتزم تجاه الدائن والمدين بحفظ الشيء المرهون وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه.

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن التسليم في الرهن الحيازي للمنقول على الخصوص يعتبر ركنا أساسيا لانعقاده -وليس مجرد التزام يلقى على عاتق المدين الراهن- وهو بالتالي يشكل وسيلة يتسنى بواسطتها شهر الرهن وإعلام الغير بتعلق حق الدائن المرتهن بالشيء المرهون[662].

عدم الوفاء به، واستيفاء دينه من ثمن بيعه، وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر.

658- إن الرهن الحيازي- وفقا لما جاء في الفقرة 1 من الفصل 1188 من قانون الالتزامات والعقود- لا يعتبر تاما إلا بتراضي طرفيه على إنشائه من جهة وبتسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه من جهة أخرى.

659- وهو ما أبى المشرع المغربي إلا أن يؤكده في صلب الفقرة 1 من المادة 339 من مدونة التجارة بقوله:

"في جميع الحالات لا يستمر الامتياز قائما على الشيء المرهون إلا إذا وضع هذا الشيء وبقي في حيازة الدائن أو في حيازة شخص آخر تم اتفاق المتعاقدين عليه".

660- أنظر في هذا المعنى:

- مصطفى كمال طه وعلي البارودي، مرجع سابق، ص 507.

661- من الملاحظ، أن المشرع المغربي لم يعرف الحراسة الاتفاقية كما فعل نظيره الفرنسي في الفصل 1956 من القانون المدني الذي جاء فيه:

"Le séquestre conventionnel et le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre , après la contestation terminée à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir".

ولا كذلك الحراسة القانونية، وإنما اقتصر على التعريف الوارد في الفصل 818 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بالحراسة بصفة عامة.

662- أنظر في هذا الشأن:

- عزيز المكيلي، مرجع سابق، ص 269 وص 270 وص 273.

وبصيغة أخرى، فإنه من الوظائف الأساسية التسليم في هذا النوع من الرهون، الوظيفة الإنشائية لعقد الرهن، ذلك أنه لا يقوم ولا يكون نافذا بين طرفيه إلا إذا تم التسليم، والوظيفة الإشهارية نظرا لأن الرهن لا يكون نافذا أيضا تجاه الغير إلا إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فيعلم الغير أنه لم يعد ملكا للمدين الراهن، هذا فضلا عن أن التسليم يمكن الدائن المرتهن من الحفاظ على حقوقه من خلال ضمانة حبس الشيء المرهون في مواجهة المدين الراهن وكذلك الغير.

والأصل أن يحصل التسليم فور إبرام عقد الرهن- إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المرهون أو العرف من زمن[663] - بمكان وجوده وقت إبرام هذا الأخير-ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك[664]- وذلك للدائن المرتهن أو إلى أحد من الغير يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين[665].

أما عن طرق التسليم، فإنها تختلف باختلاف طبيعة الشيء المرهون، أي بحسب ما إذا كان المنقول ماديا أم معنويا[666]:

أولا: تسليم المنقول المادي

يتوقف رهن المنقول المادي على تسليم هذا الأخير[667] أي تخلي المدين الراهن عنه للدائن المرتهن بالحالة التي كان عليها أثناء التعاقد

663- الشيء الذي يستشف من الفصل 504 من قانون الالتزامات والعقود.

664- قياسا على الأحكام المتعلقة بعقد البيع، لاسيما الفصل 509 من نفس القانون.

665- أنظر الفقرة 1 من المادة 339 من مدونة التجارة والبند 2 من الفقرة 1 من الفصل 1188 من قانون الالتزامات والعقود.

666- كان لقانون الالتزامات والعقود السبق على مدونة التجارة- ولا غرابة في ذلك فهو الشريعة العامة لقوانين الموضوع- في تبيان الطرق المختلفة التي يحصل بها التسليم، وذلك في إطار الفصل 500 منه ضمن الباب المتعلق بآثار البيع.

667- يمكن القول استنادا إلى الفصل 499 من قانون الالتزامات والعقود -وقياسا على عقد البيع في هذا النطاق بالذات-أن المراد بالتسليم "تخلي المدين أو نائبه عن

Scanné avec CamScanner

أو إلى شخص آخر يعينه الطرفان وحبسه لديه إلى غاية الوفاء بالدين المضمون، وهذا هو التسليم الفعلي.

وقد يكون التسليم رمزيا، بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن بكيفية تجعله في حراسته -كما لو كان بضاعة مودعة في مخزن وسلمت مفاتيحه إليه، حيث يعد تسليمها بمثابة تسليم للبضاعة المودعة فيه مما يمكن معه للدائن المرتهن التصرف فيها- أو إعطاء الدائن المرتهن سندا يمثل الشيء المرهون ويخوله دون غيره حق تسلمه[668].

كما قد يكون التسليم أيضا حكميا، ويتحقق إذا كان الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن قبل الرهن -كما لو كان قد سلم له فيما قبل على سبيل الوديعة[669] - أي أن هذا النوع من التسليم يتم دون أن يكون له مظهر خارجي أو عمل إيجابي يدل عليه.

الشيء ووضعه تحت تصرف الدائن بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته دون عائق".

668- كما لو تم مثلا رهن البضاعة المنقولة بحرا بتسليم سند الشحن الذي يمثلها إليه، إذ تعد حيازته للسند بمثابة حيازته للبضاعة المرهونة.

669- والملاحظ، أن الفقرة 2 من المادة 339 من مدونة التجارة التي تقضي بأنه: "يعتبر الدائن حائزا للبضائع، متى كانت تحت تصرفه في مخازنه أو سفنه أو الجمرك أو في مخزن عمومي أو كان بيده، قبل وصولها، سند شحنها أو أي سند آخر للنقل". تشبه إلى حد كبير ما جاء في الفصل 1194 من قانون الالتزامات والعقود إذ ورد فيه ما يلي:

"يعتبر الدائن حائزا للأشياء المرهونة إذا كانت هذه الأشياء موضوعة تحت تصرفه، في مخازنه وسفنه أو في مخازن وسفن وكيله بالعمولة أو عمليه...أو في الجمرك أو في مستودع عام أو إذا كانت هذه الأشياء في الطريق لم تصل بعد وسلمت إليه تذكرة شحنها أو بوليصة نقلها مظهرة باسم الدائن أو لأمر".

وفي جميع الأحوال، فإنه لا يحق للدائن المرتهن تملك الشيء المرهون أو التصرف فيه دون مراعاة الإجراءات التي يتطلبها القانون في هذا الباب، وكل شرط يسمح بذلك يقع تحت طائلة البطلان[670]. ومن تلك الإجراءات أنه لا يسوغ له اللجوء إلى بيعه إلا عند عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق وبعد تبليغ المدين داخل أجل سبعة أيام، حيث يتم بيعه عندئذ بالمزاد العلني بواسطة كاتب ضبط المحكمة الموجود بمقرها موطن الدائن المرتهن أو الشخص المتفق عليه، وذلك وفق مقتضيات قانون المسطرة المدنية الخاصة بالبيوعات الناتجة عن الحجز التنفيذي[671].

ثانيا: تسليم المنقول المعنوي

قد يقدم المدين الراهن للدائن المرتهن كضمانة عينية يؤمن بموجبها وفاءه بدين تجاري، منقولات معنوية كالأسهم والسندات ونحوها، الشيء الذي وقف عنده المشرع المغربي مبينا في إطار المادة 338[672] من مدونة التجارة، كيفية ثبوت رهنها، ذاهبا إلى أن رهن القيم القابلة للتداول يثبت عن طريق تظهيرها تظهيرا صحيحا يشير إلى أنها

670- وهو ما تؤكده الفقرة الأخيرة من المادة 340 من مدونة التجارة وكذا الفصلان 1207 و1226 من قانون الالتزامات والعقود.

671- وهو ما ورد في الفقرتين 1 و2 من المادة 340 هذه الأخيرة التي جاءت شبيهة من حيث مضمونها بالفصل 1218 من قانون الالتزامات والعقود، أما الفصل الموالي -أي الفصل 1219- فيجيز للطرفين تمديد الأجل الذي يجب أن ينقضي بين الإعلام الرسمي والبيع، دون الترخيص لهما بالاتفاق على تقصيره إلى أقل من سبعة أيام المقررة في الفصل السابق.
هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المشرع تناول الحجز التنفيذي في الفصول من 459 إلى 487 من قانون المسطرة المدنية بصورة عامة، وحجز المنقولات -الذي يهمنا- بصورة خاصة، في الفصول من 460 إلى 468 منه.

672- لاسيما في الفقرات من 2 إلى 5 منها.

سلمت على وجه الضمان[673] وأن الأسهم وحصص الاستفادة والسندات الاسمية[674] للشركات التجارية أو المدنية يثبت رهنها بواسطة تحويل على وجه الضمان يقيد في سجلاتها[675] وأن رهن الديون المتعلقة بمال منقول يتم بنقل حيازتها إلى المحال له بعد تبليغ الحوالة للمدين[676] كما

673- التظهير سواء كان ناقلا لملكية الحق الثابت في السند أم كـان علـى سـبيل الضمان يتطلب نقل حيازة السند من المظهر إلى المظهر إليه، والتظهير على سبيل الضمان يقع كتابة على السند ذاته أو على ورقة أخرى متصلة به ويوقعه المظهـر على أن تشتمل صيغة التظهير على تعبير يدل بوضوح علـى أن المقصـود مـن التظهير رهن الحق الثابت في السند وليس نقل ملكيته أو التوكيل في قبض قيمتـه كان يذكر أن القيمة للضمان أو القيمة للرهن أو أي تعبير آخر يفيد الرهن.
-عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 276.

674- أما رهن السندات لحاملها، فيمكن الرجوع بخصوصه إلى الفصل 1186 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه ما يلي:
"يصح رهن النقود والسندات لحاملها والأشياء المثلية بشرط أن تسلم داخل ظرف مغلق.
...بيد أنه إذا سلمت السندات لحاملها مفتوحة لم يكن للدائن أن يتصرف فيها ما لم يؤذن له في ذلك صراحة بالكتابة".

675- يفيد الفصل 1197 من نفس القانون بأن:
"رهن الأسهم والحصص في الشركات المحدودة المسؤولية والسندات الاسمية للشركات المالية أو الصناعية أو التجارية أو المدنية التي يحصل انتقالها بتقييده في سجلات الشركة، يمكن أيضا أن يتم بتقييد ما يفيد رهنها في تلك السجلات.

676- يقضي الفصل 195 من نفس القانون المعدل والمتمم بظهير 20 مـاي 1939 بأنه:
"لا ينتقل الحق للمحال له تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ...
حوالة الحقوق في شركة يلزم لسريانها على الغير أن تبلغ للشركة أو تقبل منها في محرر رسمي أو في محرر عرفي...".
وتنص الفقرة 1 من الفصل 201 منه على أنه:
"إذا شملت الحوالة الرهن الحيازي أيضا، فإن المحال له بمجـرد تسـلمه الشـيء المرهون يحل محل المحيل في كل الالتزامات التي كانت ثابتة عليه للمدين بصـدد رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه...".

Scanné avec CamScanner

أن الأوراق التجارية[677] تكون قابلة للرهن التجاري بتظهير يشار فيه إلى أنها سلمت للدائن المرتهن على سبيل الرهن الذي يمنحه حق استيفاء قيمتها.

والجدير بالملاحظة، أن الشيك ما دام يكون مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع، ولا يستخدم إلا أداة للوفاء، فإن الحق الثابت فيه لا يظهر على سبيل الضمان، وبالتالي فإن المستفيد عندما يكون في حاجة إلى النقود فإنه لا يقترض بضمان الشيك، وإنما يتعين عليه أن يقدمه إلى البنك قصد استيفاء قيمته، وعليه فإن تظهير الشيك على سبيل الضمان يعني استخدامه أداة للائتمان وهذا يخالف وظيفته التي هي أداة للوفاء فقط[678].

الفقرة الثانية: الإيداع بالمخازن العامة

يمكن إنشاء الرهن مع نقل حيازة الشيء المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن بالنسبة للإيداع بالمخازن العامة-المنظم بالظهير الشريف الصادر بتاريخ 6 يوليوز 1915[679]- طبقا للأحكام التي

677- ينص المشرع في الفقرة 1 من الفصل 1205 من نفس القانون على ما يلي: "إذا كان المرهون أوراقا تجارية أو غيرها من السندات التي تتضمن ديونا يحل أجلها في تاريخ محدد، وجب على الدائن أن يستوفيها بالنسبة إلى أصلها وتوابعها كلما حل أجل الوفاء بها وأن يتخذ كل الإجراءات التحفظية التي يتعذر على المدين القيام بها بنفسه بسبب عدم حيازته للسند".

678- بل إن المادة 316 من مدونة التجارة تنص على أنه:

"يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح بين 2000 و 10.000 درهم، دون أن تقل قيمتها عن خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أو من الخصاص:

1-...

6- كل شخص قام عن علم بقبول أو تظهير شيك شرط أن لا يستخلص فورا وأن يحتفظ به على سبيل الضمان".

679- جاء في المادة 733 من مدونة التجارة ما يلي:

خصه بها المشرع والتي كرسها في إطار المواد 341 إلى 354 من مدونة التجارة.

ونلفت الانتباه، إلى أن المشرع الأردني، قد أحسن صنعا في رأينا لما استعمل عبارة "المخازن العامة" بدل "المخازن العمومية" – كما فعل المشرع المغربي في مدونة التجارة، وعلى خلاف نهجه في مجموعة القانون الجنائي حيث استعمل عبارة "المستودعات العامة"680– في المادة 5 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 التي تنص على أن:

"البورصات التجارية والمعارض والأسواق والمخازن العامة والمستودعات وسائر المنشآت المعدة للتجارة تخضع على قدر الحاجة لقوانين وأنظمة خاصة".

والمشرع المصري، الذي يقضي في الفقرة 1 من المادة 130 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 بأن:

"1–الإيداع في المستودعات العامة عقد يتعهد بمقتضاه مستثمر عن مستودع بتسلم بضاعة لحفظها لحساب المودع أو لحساب من تؤول إليه ملكيتها أو حيازتها بمقتضى الصكوك التي تمثلها".

"إن أحكام هذا القانون تنسخ وتعوض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها حسبما وقع تغييرها أو تتميمها مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولاسيما أحكام النصوص الآتية:

....

الظهير الشريف الصادر في 6 يوليوز 1915 بشأن الإيداع في المخازن العمومية فيما يتعلق بالمواد من 13 إلى 26 ...".

680– أنظر الفرع الثالث من الباب الرابع من الكتاب الثالث تحت عنوان: " في كسر الأختام وأخذ الأوراق من مستودعاتها العامة".

وعلى أي، تعد المخازن العامة مستودعات أحدثها المشرع قصد حفظ السلع والبضائع ونحوها من الودائع في مقابل أجر[681] وتسهيل تداولها عن طريق سندين تسلمهما إدارة المخازن العامة للمودع، بعد تضمينهما كافة البيانات المتعلقة بهويته-من اسم ومهنة وموطن...- وكذا بالبضائع المودعة، لاسيما تلك التي من شأنها أن تبين نوعيتها وقيمتها[682] ويتمثل السند الأول في الإيصال الذي يتم إعداده من أجل تسليم ملكية البضاعة المودعة، والثاني في بطاقة الرهن التي تمكن من رهن هذه الأخيرة.

وبتعبير آخر، فإن الإيداع بهذه المخازن يثبت بالإيصال الذي يستخرج من سجل ذي أرومات[683] ويسلم للمودع مؤرخا وموقعا وتضاف إليه بطاقة الرهن التي تحتوي على نفس المعلومات المدرجة فيه، وهما معا يقبلان التداول بالتظهير إما مجتمعين أو منفردين[684].

681- إن المخازن العامة عبارة عن أماكن أو محلات تكون عادة موجودة بالموانئ والمطارات ومحطات القطار، وتودع بها البضائع أو السلع أو المواد الأولية أو المنتوجات المصنعة، في مقابل أجر.
أنظر في هذا المعنى:
- فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 103.
-Didier R.Martin : Droit commercial et Bancaire Marocain. 3ème édition. 2003. P 306.
والمخازن العامة في مفهوم الفصل الأول من الظهير المشار إليه أعلاه، مستودعات معدة لحفظ المواد الأصلية والأشياء المصنوعة والبضائع والمأكولات التي يستودعها التجار وأرباب المصانع والفلاحون، ولصيانتها ونقلها من مكان إلى أخر لمساعدة رواج البضائع، ولتسهيل الغرض بإعطاء بطائق التوصيل التي يمكن بها البيع، وبطائق يمكن بها الرهن فقط.

682- طبقا لما تقضي به الفقرة 2 من المادة 341 من مدونة التجارة.

683- إلى جانب السجل ذي الأرومات للتواصيل وبطائق الرهن والدفاتر التجارية العادية، تمسك إدارة المخازن العامة -كما تفيد بذلك الفقرة 1 من المادة 354- سجلا أخر يخصص لإثبات عمليات الإيداع التي تقوم بها.

684- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 341 والفقرة 1 من المادة 342 من نفس المدونة.

وهكذا، فإنه عندما يتم تظهير الإيصال برفقة بطاقة الرهن فهذا يعني إمكانية انتقال ملكية البضاعة إلى المظهر إليه الذي يجوز له سحبها من المخزن العمومي، ولما يقع تظهيرهما مستقلين، فهذا يعني من جهة حامل البطاقة اكتسابه رهنا على البضاعة، ومن جهة حامل الإيصال انتقالها إليه وهي متقلة بالرهن بحيث لا يستطيع سحبها من المخزن العمومي إلا بعد أداء قيمة الرهن لحامل بطاقة الرهن[685].

والملاحظ، أن المشرع يجيز له دفع المقدار المضمون بالبطاقة المذكورة ولو قبل حلول الأجل، أما إذا حل الأجل ولم يقع الأداء، فإنه يمكن لحاملها بعد ثمانية أيام من الاحتجاج أن يعمد إلى بيع البضاعة المرهونة بدون إجراءات قضائية، واستيفاء مبلغ دينه مباشرة من ثمن البيع بالامتياز وبالأولوية على جميع الدائنين من غير اقتطاعات باستثناء الرسوم الجمركية وغيرها من الرسوم البحرية المدفوعة عن البضائع، وصوائر تسلم هذه الأخيرة وتخزينها والتأمين عليها وما إلى ذلك مما يؤدى عن حفظها[686].

غير أن حامل بطاقة الرهن، يفقد حقه في الرجوع على مظهريها في حالة ما إذا لم يقم ببيع البضاعة خلال الشهر الموالي ليوم الاحتجاج بعدم الدفع[687].

685- تبعا لما تفيد به كل من الفقرة 1 و 2 من المادة 343 من نفس المدونة.

686- أنظر الفقرة 1 من المادة 346 والفقرة 2 من المادة 347 والفقرة 1 من المادة 349.

687- عملا بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 350 من نفس المدونة.

المطلب الثاني

الرهن دون نقل حيازة الشيء المرهون

يعتبر هذا الرهن نوعا جديدا خرج فيه المشرع عن القواعد المألوفة، بحيث لم يجز انتقال حيازة الشيء المرهون من يد المدين الراهن إلى الدائن المرتهن. وهو يتمثل من ناحية، في رهن أدوات ومعدات التجهيز، الذي تتضمنه المواد من 355 إلى 377 من مدونة التجارة، والذي ينشأ لفائدة البائع والمقرض وينصب على أداء ثمن أدوات ومعدات التجهيز ضمانا لأداء الثمن للأول ومبلغ القرض للثاني.

ومن ناحية ثانية، في رهن بعض المواد والمنتوجات[688] الذي أورده المشرع في المواد من 378 إلى 392 والذي يتمحور إجمالا حول قيام مالك هذه المواد والمنتوجات-المحددة في قائمة تضعها الجهات المعنية- برهنها دون نقل حيازتها إلى الدائن المرتهن وفق شروط معينة، على أن تظل بين يدي المقترض كحارس لها أو تسلم إلى الغير لنفس الغرض، وذلك بموجب اتفاق بين المقرض والمقترض[689].

الفقرة الأولى: رهن أدوات ومعدات التجهيز

إن دراستنا لمضمون هذه الفقرة ستتناول خصائص هذا النوع من الرهون وإجراءاته، وكذا الضمانات الممنوحة للدائن المرتهن:

688- هذا في إطار الكتاب الرابع من مدونة التجارة، علما أن المشرع تناول نوعا آخرا ضمن الكتاب الثاني منها لا يتم فيه أيضا نقل حيازة الشيء المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، ونقصد بذلك رهن الأصل التجاري.

689- أنظر في هذا الشأن: المادتان 355 و378 من نفس المدونة.

أولا: خصائص رهن أدوات ومعدات التجهيز

يعد رهن أدوات ومعدات التجهيز النوع الأول من الرهون الذي لا يتحقق معه المفهوم العادي للرهن الذي يستتبعه انتقال حيازة المنقول المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعين بالاتفاق فيما بينهما، إذ يتم هذا الرهن دون انتقال الحيازة وذلك قصد تمكين المدين من الحصول على الائتمان بضمان أدوات ومعدات التجهيز دون خروجها من حيازته نظرا لما تكتسيه من أهمية في نشاطه الاقتصادي.

وكما تم ذكره، فإن المشرع نظم هذا الرهن في المواد من 335 إلى 377 من مدونة التجارة[690] التي انطلاقا من قراءة عامة لمجموعة من مقتضياتها يمكن القول إن رهن أدوات ومعدات التجهيز يتسم بخصائص بارزة، منها أنه عقد يبرم في الأصل من أجل ضمان ثمن

690- جاء في المادة 733 من المدونة أعلاه ما يلي:
"إن أحكام هذا القانون تنسخ وتعوض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها حسبما وقع تغييرها وتتميمها مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولاسيما أحكام النصوص الآتية:
-...
- الظهير الشريف رقم 1.56.151 المؤرخ في 22 نونبر 1956 بشأن رهن أدوات وأعتدة التجهيز".
كما ورد في المادة 376 منها:
"لا تطبق أحكام هذا الباب -أي الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الرابع من مدونة التجارة- على:
1- السيارات المنصوص عليها في الظهير الشريف الصادر في 17 يوليوز 1936 بشأن ضبط بيع السيارات بالسلف.
2- السفن البحرية المنصوص عليه في الظهير الشريف الصادر في 31 مارس 1919 بمثابة قانون للملاحة التجارية الملاحة التجارية وكذا المراكب المخصصة للملاحة النهرية.
3- الطائرات المشار إليها في المرسوم رقم 2.61.161 الصادر في 10 يوليوز 1962 بشأن تنظيم الطيران المدني".

Scanné avec CamScanner

اقتنائها بالنسبة للبائع أو المقرض الذي أقرض المال اللازم لشرائها، أي أنه يقتصر فقط على أدوات ومعدات التجهيز المشتراة[691] سواء كانت مخصصة للاستعمال المهني أو الصناعي أو التجاري أو الفلاحي[692].

ثانيا: إجراءات رهن أدوات ومعدات التجهيز

تتلخص هذه الإجراءات في أنه يجب أن يبرم رهن أدوات ومعدات التجهيز -تحت طائلة البطلان- بموجب محرر رسمي أو عرفي[693] في أجل أقصاه ثلاثون يوما تحسب من تاريخ تسليم هذه الأخيرة بالأماكن الذي يفترض أن توضع فيها[694] يشار طيه -تحت طائلة البطلان أيضا- إلى أن المبالغ المدفوعة من قبل المقرض كانت بغرض أداء ثمن شرائها وتحدد وتوصف بدقة الأدوات المشتراة تمييزا لها عن تلك التي تكون في ملك المدين الراهن، ويعين المكان الذي ستثبت فيه أو يشار إلى قابليتها للانتقال[695].

وفضلا عن ذلك، ينبغي تقييد الرهن -تحت طائلة البطلان- خلال أجل عشرين يوما من تاريخ المحرر المنشئ له في سجل خاص تمسكه كتابة ضبط المحكمة التي تستغل الأدوات المرهونة بدائرتها، أو في

691- تبعا لما تنص عليه المادة 355 من مدونة التجارة.

692- حسبما يستفاد من المادة 355. والفقرة الأخيرة من المادة 357. والفقرة 1 من المادة 370. ثم الفقرة 1 من المادة 371 من نفس المدونة.

ولا تفوتنا الإشارة، إلى أن إحدى الدراسات تذهب إلى أنه يمكن إنشاء هذا الرهن أيضا حتى في إطار المهن الحرة وذلك بالنسبة للمعدات اللازمة لتجهيز مكاتب المحامين وعيادات الأطباء مثلا.

- عبد الرحيم بحار، مرجع سابق، ص 159.

693- تنص الفقرتان 2 و3 من المادة 356 على أنه يضمن الرهن في محرر البيع إذا تم لفائدة البائع وفي محرر القرض إذا تم لفائدة المقرض الذي قدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للبائع.

694- كما تنص على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 356.

695- وفق ما تم ذكره في الفقرتين 4 و5 من المادة 356.

Scanné avec CamScanner

السجل التجاري[696] الذي تمكسه المحكمة المقيدة فيه مقاولته متى كان المدين الراهن مقيدا فيه بصفته ممارسا لنشاط تجاري أو صناعي[697].

ثالثا : ضمانات الدائن المرتهن في رهن أدوات ومعدات التجهيز

ضمانا لحقوق الدائن المرتهن، فإن المشرع قضى بأنه بمجرد تقييد الرهن-وفق ما أشرنا إليه سابقا- فإنه ينشأ للدائن المرتهن حق امتياز على الأدوات والمعدات يخوله استيفاء حقوقه مباشرة من ثمن البيع بالأفضلية على امتيازات أخرى مع مراعاة بعض الاستثناءات المقررة في هذا الباب[698].

696- كالعديد من نظرائه، أولى المشرع المغربي عناية بالغة للسجل التجاري حيث نظمه المشرع في العديد من النصوص اعتبارا لأهميته بالنسبة للمقاولة -سواء كانت فردية أم جماعية- لاسيما وأنه يلعب دورين أساسيين، أحدهما إشهاري، يتمثل في إشهار الحقوق والالتزامات لكي يعلم بها الكافة، تعزيزا لمبدأ الشفافية الذي ينبغي أن يرتكز عليه كل نظام اقتصادي تنافسي، والآخر توثيقي، قوامه حفظ الحقوق لأصحابها، هذا إلى جانب أنه جعله من أهم الالتزامات المفروضة على التجار سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم معنويين -مغاربة أم أجانب- الذين يزاولون نشاطا تجاريا في تراب المملكة، وكذلك على فروع أو وكالات المقاولات المغربية أو الأجنبية والممثليات التجارية أو الوكالات التجارية لدول أو لجماعات أو لمؤسسات عامة أجنبية، علاوة على المؤسسات العامة المغربية ذات الطابع الصناعي أو التجاري والمجموعات ذات النفع الاقتصادي.

راجع في هذا الشأن المواد من 36 إلى 68 من مدونة التجارة.

697- تطبيقا لمقتضى المادة 357.

698- في هذا الصدد، تنص الفقرة 1 من المادة 365 على أنه:

"يمارس امتياز الدائن المرتهن على الأموال المنقلة بالأفضلية على الامتيازات الأخرى باستثناء:

1- امتياز المصاريف القضائية،

2- امتياز مصاريف المحافظة على الشيء،

3- الامتياز الممنوح للمأجورين بمقتضى الفقرة الرابعة من الفصل 1248 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

غير أنه لا يمكن للدائن المرتهن المنتفع من هذا الرهن أن يحتج به تجاه الدائنين الآخرين إلا إذا بلغهم بنسخة من المحرر المنشئ للرهن وفق القواعد المتأصلة في قانون المسطرة المدنية، وذلك خلال الشهرين الموالين لإبرام الرهن تحت طائلة البطلان[699].

كذلك، فإنه منع المدين من تفويت كل أو بعض الأدوات المرهونة قبل الوفاء، ما لم يحصل على موافقة الدائن المرتهن أو عند الاقتضاء على إذن من قاضي المستعجلات، تحت طائلة تعرضه لعقوبة حبسية وغرامة[700] بل إنه أجاز للدائن المرتهن أن يطالب قاضي المستعجلات الموجود في دائرة اختصاصها المحل الذي تستغل فيه المعدات المثقلة بالرهن، بتعيين وكيل قضائي من أجل معاينة حالتها، وإصدار أمر بالاستحقاق الفوري للدين، فيما لو أسفرت المعاينة عن تغيير طالها-كتلف أو اختلاس ونحوهما -وذلك بغض النظر عن العقوبات المنصوص عليها في المادة 377 من مدونة التجارة، والتي تتمثل في الحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وسنتين وغرامة يتراوح قدرها ما بين 2000 و10.000 درهم[701].

الفقرة الثانية: رهن بعض المنتوجات والمواد

لقد ارتأينا ضمن هذه الفقرة، أن نسلط الضوء على خصائص هذا النوع من الرهون وكذا على الإجراءات المتبعة فيه:

699- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 365.

700- أنظر المادة 373 وكذا المادة 377 فيما يتعلق بالجزاء المذكور.

701- تفيد المادة المشار إليها أعلاه أنه:

"يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وسنتين وبغرامة يتراوح قدرها بين 2000 و10.000 درهم كل مشتر أو حائز للأموال المرهونة طبقا لأحكام هذا الباب قام عمدا بإتلافها أو حاول إتلافها أو باختلاسها أو حاول اختلاسها أو بتغييرها أو حاول تغييرها بأي وجه من الوجوه وقصد بذلك حرمان الدائن من التمتع بحقوقه.

كما تجري نفس العقوبات على كل من قام بأي عمل تدليس من شأنه حرمان الدائن من الامتياز المخول له في الأشياء المرهونة أو لإضعاف هذا الامتياز".

Scanné avec CamScanner

أولا: خصائص رهن بعض المنتوجات والمواد

يشكل رهن بعض المنتوجات والمواد الذي تعرض له المشرع في المواد من 378 إلى 392 من مدونة التجارة[702] النوع الثاني من الرهن الذي لا يفضي إلى نقل الحيازة، وإنما تظل هذه الأخيرة بيد المدين الراهن الذي يصبح حارسا لها أو تسلم لهذا الغرض إلى أحد من الغير يتفق عليه صراحة بينه وبين الدائن المرتهن[703].

وبتعبير آخر، فإن هذا الرهن لئن كان يعتبر ضمانة بالنسبة للدائن المرتهن أي المقرض، فإنه من منظور آخر يعد إمكانية وضعها المشرع بين يدي مالك المنتوجات والمواد تسمح له بوصفه مقترضا رهنها مع الاحتفاظ بحيازتها، علما بأنه قيد هذا القرض بمدة لا يجوز -مبدئيا- أن تفوق سنة، لكنه رخص بتجديده وفق الشكليات المتطلبة قانونا داخل أجل ثلاثة أشهر من يوم استحقاقه[704].

هذا، وتتمثل الأشياء المرهونة في هذا الرهن، في بعض المنتوجات والمواد المحددة في قائمة بقرار وزيري، أي أن المنتوجات والمواد القابلة للرهن في نطاق المواد من 378 إلى 392 هي تلك المبينة

702- تنص المادة 733 منها على ما يلي:

"إن أحكام هذا القانون -أي القانون رقم 15.95- تنسخ وتعوض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها حسبما وقع تغييرها أو تتميمها، مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولاسيما أحكام النصوص الآتية:

-...

- الظهير الشريف الصادر في 20 مارس 1951 بشأن رهن بعض المواد والمحصولات...".

وهكذا، فإن تنظيم رهن بعض المنتوجات والمواد كان قد تم بموجب الظهير الصادر بتاريخ 20 مارس 1951 المعدل بظهير 7 يوليوز 1953.

703- وفق ما تنص عليه الفقرتان 1 و 2 من المادة 378 من نفس المدونة.

704- عملا بالمادة 380 من المدونة.

Scanné avec CamScanner

في القائمة المذكورة[705] بناء على قرار وزير المالية الصادر بتاريخ 20 يوليوز 1951 المتمم عدة مرات[706] وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن كل مادة أو منتوج لا يندرج في عداد هذه القائمة، فإنه لا يخضع لهذا الرهن، وإنما تسري عليه القواعد العامة للرهن الحيازي.

ثانيا: إجراءات رهن بعض المنتوجات والمواد

إن رهن بعض المنتوجات والمواد لا ينشأ إلا بموجب محرر رسمي أو عرفي يشار فيه إلى اتفاق المتعاقدين على التقيد بالمقتضيات المنظمة للرهن[707] على أن يتضمن سائر البيانات اللازمة التي تخص المتعاقدين -كالاسم العائلي والشخصي، وصفة موطن كل واحد منهما- وكذا تلك المرتبطة بالقرض-من حيث مبلغه، ومدته وسعر الفائدة المتفق عليه، ونوعية ومواصفات ومقدار وقيمة المنتوجات المرهونة ومكان إيداعها، واسم وعنوان المؤمن إذا كان المنتوج مؤمنا عليه والرهون السابقة التي أثقلت نفس المنتوجات والمواد[708] وأن يقيد في سجل خاص تمسكه كتابة ضبط المحكمة الموجودة بدائرتها المنتوجات والمواد المرهونة[709].

705- كالسكر الخام، والحديد الأبيض، والجلود الخامة للأبقار، والقطن الخام والصوف ونسيج الصوف، والمواد المعدنية، والمواد النفطية، وغير ذلك مما ورد في تلك القائمة.

706- انظر في هذا الشأن:
- قرار 27 دجنبر 1951. قرار 20 أبريل 1952. قرار 31 يناير 1953. قرار 4 يوليوز 1958. قرار 30 يوليوز 1958. قرار 23 يوليوز 1959. قرار 25 غشت 1962. قرار 24 شتنبر 1963. قرار 17 فبراير 1966. قرار 2 يوليوز 1970.

707- المقررة في الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الرابع من مدونة التجارة.

708- الشيء الذي تؤكده الفقرات من 1 إلى 3 من المادة 379.

709- وهو إجراء آخر تطلبه المشرع، وقد تم التنصيص عليه في المادة 381.

Scanné avec CamScanner

وبمقتضى هذا الرهن، يجوز للمقترض أن يحتفظ بحق استعمال المنتوجات المرهونة أو بيعها بالتراضي قبل أداء الدين، وكذا رد الدين المضمون بالرهن ولو قبل حلول أجل استحقاقه[710] كما يحق للمقرض أن يطالب قضائيا ببيع الأشياء المرهونة عند عدم الوفاء بهذا الأخير داخل أجل عشرة أيام من تاريخ الاستحقاق[711] بحيث يمكنه استيفاء دينه من ثمن البيع بعد خصم المصاريف بأمر من رئيس المحكمة إذا كان هذا الأخير كافيا، وإلا فإنه يمنح أجل ثلاثين يوما- يحسب من تاريخ البيع-للرجوع بما تبقى على المقترض[712].

وفي حالة ما إذا وفى المقترض بالدين أو رفع المقرض يده عن الشيء المرهون، فإنه يتم التشطيب على تقييد الرهن ويشار إلى التسديد أو رفع اليد في السجل الذي تمسكه كتابة ضبط المحكمة الموجودة بدائرتها المنتوجات والمواد المرهونة، كما يشطب عليه تلقائيا بعد مضي سنة وثلاثة أشهر ولم يقع تجديده قبل انقضائها[713].

710- تبعا لما ذكره في المادة 385 من نفس المدونة.

711- بخصوص هذه المسألة تنص المادة 386 من مدونة التجارة على أنه:

"يجوز للمقرض في حالة عدم الوفاء بالدين داخل أجل عشرة أيام من تاريخ الاستحقاق، أن يرفع بذلك مقالا لرئيس المحكمة.

ويصدر الرئيس أمرا بعد انتهاء أجل خمسة عشر يوما من يوم رفعه يحدد فيه اليوم والمكان والساعة التي ستباع فيها عموميا السلع المرهونة. ويأذن الأمر علاوة على ذلك بهذا البيع في الحالة التي لا يتوفر فيها الدائن على سند تنفيذي.

يحاط المدين علما بأمر رئيس المحكمة برسالة مضمونة قبل تاريخ البيع بخمسة عشر يوما على الأقل كما يحاط العموم علما بهذا الأمر عن طريق ملصقات تعلق في الأماكن التي يعينها الرئيس ويجوز له أيضا أن يأمر بنشر الأمر في الجرائد ويعاين الشهر بالإشارة إليه في محضر البيع.

يشار في هذا المحضر أيضا إلى حضور المدين أو غيابه.

تطبق مقتضيات قانون المسطرة المدنية المتعلقة بالبيع بالمزاد العلني".

712- أنظر الفقرة 1 من المادة 387 والفقرة الأخيرة من المادة 389.

713- الشيء الذي تفيد به كل من المادة 383 و384 من المدونة.

لكن، إذا تبين من المعاينة التي يجريها الوكيل القضائي[714] المعين قبل رئيس المحكمة لمكان حفظ الأشياء المرهونة بناء على طلب

714- ورفعا لأي لبس نرى التنبيه، إلى أنه لا يقصد بالوكيل القضائي المذكور أعلاه -الذي يكون إما مفوضا قضائيا أو خبيرا أو عونا من أعوان التنفيذ التابع لكتابة الضبط، والذي يعينه إما القاضي أو رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات وذلك بالنظر إلى طبيعة الإجراء المراد تحقيقه- الوكيل القضائي كأحد مساعدي القضاء، حيث كان يعين بقرار لوزير العدل ويعمل تحت مراقبة هذا الأخير.

أما مهنته فكانت منظمة بموجب ظهير 7 شتنبر 1957 الذي حل محل ظهير 7 شتنبر 1925 حول أهلية الوكيل القضائي في مادة العقار غير المحفظ، وكانت مهامه تشبه تلك التي يقوم بها المحامي في إطار الدفاع عن الموكل لاسيما أمام القضاء الشرعي وفي قضايا الأحوال الشخصية والميراث للمغاربة المسلمين وكذا قضايا العقار غير المحفظ، وهي مهنة انقرضت أمام ظهور وانتشار مهنة المحاماة.

كما لا يقصد به الوكيل القضائي للمملكة، الذي يعتبر أحد الأطر الإدارية بوزارة المالية، والذي تتمثل مهمته إجمالا في الدفاع عن الدولة، أو إداراتها أو مؤسساتها العمومية – سواء بصفتها مدعية أو مدعى عليها- في القضايا التي تتعلق بمديونيتها ما عدا قضايا الضرائب والأملاك المخزنية.

ولا تفوتنا الإشارة، إلى أن المشرع المغربي اقتبس مؤسسة الوكالة القضائية من النموذج الفرنسي، وذلك منذ سنة 1928، وأدخل عليها عدة تعديلات كان آخرها بموجب ظهير 2 مارس 1953 المتعلق بإعادة تنظيم الوكالة القضائية -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2109 بتاريخ 27 مارس 1953، ص 444 في نسختها باللغة الفرنسية-التي أصبحت تعرف فيما بعد بالوكالة القضائية للمملكة.

وتعد هذه الأخيرة جهازا إداريا تابعا للوزير المكلف بالمالية تناط به أساسا مهمة الدفاع عن الدولة المغربية في دعاوى التصريح بمديونيتها التي لا علاقة لها بالضرائب والأملاك المخزنية.

ونظرا لما كشفت عنه التطورات السريعة التي شهدها المغرب في مجال حماية الحقوق والحريات، واتساع مجالات تدخل المرافق العامة، من ضعف مؤسسة الوكيل القضائي للمملكة كأداة لتكريس مبدأ المشروعية من خلال ترشيد السلوك القانوني لهذه المرافق ووقايتها من المخاطر القانونية، والدفاع عن أموالها ومصالحها أمام القضاء الوطني والأجنبي، فإن السلطات المختصة ارتأت إعادة النظر بشكل جذري في الإطار القانوني والمؤسساتي للوكالة القضائية للمملكة؛ بما يسمح بتوسيع نطاق اختصاصاتها من خلال تحويلها إلى هيئة مستقلة تسمى "هيئة

من المقرض، أن هذه الأخيرة تعرضت للنقص، فإنه يجوز له إقامة دعوى لدى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات قصد الأمر بالاستحقاق الفوري للدين[715] وذلك بصرف النظر عن العقوبات المقررة في هذا الباب للأفعال التي يقترفها المقترض عمدا أو يكون من شأنها الأضرار بالدائن، والتي تتمثل في الحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وسنتين وبغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم[716].

قضايا الدولة" تتولى وجوبا تمثيل الدولة بجميع إداراتها ومؤسساتها العمومية وجماعاتها الترابية في جميع المنازعات التي تكون طرفا فيها سواء بصفتها مدعية أو مدعى عليها أمام المحاكم الوطنية وأمام هيئات التحكيم الوطنية والأجنبية المؤسساتية والخاصة عملا بمقترح قانون تم تقديمه في 19 فبراير 2013، إلا أنه لم يرى النور إلى يومنا هذا.

715- عملا بالمادة 390 من المدونة.

716- تنص المادة 389 على أنه:

"يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وسنتين وبغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم كل مقترض أدلى بتصريح كاذب أو رهن سلعا كان قد وقع رهنها من قبل دون سابق إشعار للمقرض الجديد بذلك أو اختلس أو بدد أو أتلف الشيء المرهون عمدا إضرارا بالدائن".

Scanné avec CamScanner

المبحث الثاني
عقود الوساطة التجارية

لقد تطورت المعاملات التجارية ونشطت معها الوساطة[717] إلى درجة أن أضحى من الضروري تدخل الوسطاء لتسهيلها عن طريق ربط التواصل وتقريب الأطراف في العلاقات التجارية.

وتتنوع الوساطة التجارية بالنظر إلى العقود التي ترد عليها وكذا الدور الذي ينهض به هؤلاء الوسطاء في سبيل إبرام هذه الأخيرة[718].

717- كان من نتيجة التطور التكنولوجي، أن ظهر نمط جديد من الوساطة، ألا وهو "الوساطة الإلكترونية" التي أصبحت تتم عن طريق تقنيات المعلوميات عبر مواقع إلكترونية من أجل التقريب بين العرض والطلب.

718- تناول الظهير الشريف رقم 1.14.193 الصادر بتاريخ 24 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها ضمن الباب الثاني من القسم السابع الوساطة في العمليات المنجزة من لدن مؤسسات الائتمان، حيث يعتبر وسيطا في العمليات المذكورة، في منطوق المادة 161 منه:

"كل شخص يحترف بصفة اعتيادية ربط الصلة بين الأطراف المعنية لإبرام إحدى العمليات المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه دون أن يكون ضامنا للوفاء.

ولا يجوز أن يمارس نشاط الوسيط إلا بين شخصين يكون أحدهما على الأقل مؤسسة للائتمان".

وطبقا للمادة 163 منه:

"يزاول الوسطاء في العمليات المنجزة من لدن مؤسسة الائتمان نشاطهم عملا بوكالة تسلمها إحدى مؤسسات الائتمان، وتنص هذه الوكالة على طبيعة وشروط العمليات التي يؤهل الوسيط للقيام بها".

وحسب المادة 164 منه:

"تمنع مزاولة مهنة الوسيط في العمليات المنجزة من لدن مؤسسات الائتمان على كل شخص تسري عليه أحكام المادة 38 من هذا القانون".

كما أن الظهير الشريف رقم 1.03.194 الصادر بتاريخ 11 شتنبر 2003 بتنفيذ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل أفرد الكتاب الرابع من هذه الأخيرة "للوساطة في الاستخدام وتشغيل الأجراء" الذي نص على ما يلي:

- "يقصد بالوساطة في أحكام هذا الباب - أي الباب الأول من الكتاب الرابع - جميع العمليات الهادفة إلى تسهيل التقاء العرض والطلب في مجال التشغيل، وكذا

Scanné avec CamScanner

وما يعنينا هو أن المشرع اعتبر السمسرة والوكالة بالعمولة، من أعمال الوساطة التجارية، إذ جاء في البند التاسع من المادة السادسة من مدونة التجارة ما يلي:

"مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

...

9) السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة".

وتشمل كلمة "وغيرهما" عقدا آخر لم يذكره المشرع في المادة السادسة من الكتاب الأول من المدونة، وإنما في كتابها الرابع ونقصد عقد الوكالة التجارية.

والجدير بالملاحظة، أن مدونة التجارة أدرجت أيضا في عداد الأنشطة التجارية التي ساقتها في المادة السادسة– وبالضبط في البند الثالث عشر منها– مكاتب ووكالات الأعمال والأسفار والإعلام والإشهار، تلك المكاتب والوكالات التي تختص على وجه الاحتراف بتقديم خدماتها للناس مقابل أجر أو عمولة، وذلك بهدف تسهيل إنجاز

جميع الخدمات المقدمة لطالبي الشغل والمشغلين من أجل إنعاش التشغيل وتنشيط الإدماج المهني".

– "تتم الوساطة في مجال التشغيل عن طريق مصالح تحدث لهذه الغاية من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل...".

– "يمكن أيضا لوكالات التشغيل الخصوصية أن تساهم في الوساطة بعد الحصول على ترخيص من السلطة الحكومية المكلفة بالشغل.

يقصد بوكالة التشغيل الخصوصية كل شخص اعتباري يقوم بالأعمال التالية أو بإحداها:

أ– التقريب بين طلبات وعروض الشغل دون أن يكون القائم بالوساطة طرفا في علاقة الشغل التي قد تنشأ عن ذلك...".

راجع في هذا الشأن وعلى التوالي: المادة 475 والفقرة 1 من المادة 476. ثم المادة 477 من المدونة أعلاه.

معاملاتهم، كما هو الأمر مثلا بالنسبة لمكاتب التعشير الجمركي ومكاتب الاستشارة القانونية أو الضريبية، ووكالات الأسفار ونحوها[719].

وعلى هذا الأساس، تعتبر أعمالها تجارية بصرف النظر عن الخدمات التي تتوسط فيها، أي سواء كانت تجارية أو مدنية، وسواء تعلقت بمنقولات أو بعقارات، على عكس الزبناء الذين لا تكون أعمالهم تجارية إلا إذا كانوا تجارا وتعلقت هذه الأخيرة بتجارتهم، فإن الوكلاء يكتسبون صفة تاجر[720].

ونستحضر هنا ظهير 12 يناير 1945[721] المنظم لمهنة وكيل الأعمال الذي نص في الفصل الأول منه على أنه:

تطبيقا لهذا الظهير، يعتبر وكيل أعمال الأشخاص الذاتيون والمعنويون:

1- الذين يزاولون عادة مهنة:

- سمسار أو وسيط لبيع العقارات أو الأصول التجارية ...
- مسير أعمال الغير سواء كانت موضوع نزاع أم لا...

2-...

719- إن أعمال هذه المكاتب والوكالات هي أقرب إلى أعمال السمسرة أو الوساطة في رأي أحد رجال الفقه القانوني.

- عز الدين بنستي، مرجع سابق، ص 150.

720- لقد اعتبرهم المشرع كذلك من أجل توفير الثقة والاطمئنان لدى المتعاملين معهم، رغم أن أعمالهم لا تتعلق بتداول الثروات، بل تعتمد فقط على المجهودات والخبرات الشخصية.

وبعبارة أخرى، فإن أعمال هذه المكاتب والوكالات لا تدخل في دائرة الأعمال التي ترتكز على الوساطة في تداول الثروات، بل إنها عبارة عن بيع أو تأجير للخدمات مما يستساغ معه تصنيفها في إطار الأعمال المدنية وليس التجارية، ومع ذلك وحماية للمتعاملين معها وتمكينهم من الاستفادة من أحكام القانون التجاري الذي تخضع له، اعتبرت تجارية.

لأخذ فكرة عن هذا الموضوع راجع:

- عز الدين بنستي، دراسات في القانون التجاري المغربي، مرجع سابق، من ص 148 إلى ص 150.

721- المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 26 يناير 1945. ص 38.

و- الذين – عدا المحامين[722]– يتكلفون عادة بالنزاعات أو تحرير العقود ...أو يزاولون مهنة مستشار قانوني أو ضريبي...".

كما لا تفوتنا الإشارة، إلى أنه في السنوات الأخيرة وضعت وزارة العدل والحريات مشروع قانون تحت رقم 88.12 حول تنظيم "مهنة وكيل الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ"[723].

هذا، وإن دراستنا لعقود الوساطة التجارية، ستتناول تباعا العقود المقررة في مدونة التجارة، وهي عقد الوكالة التجارية، وعقد السمسرة ثم عقد الوكالة بالعمولة.

722- فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص 101.
- عز الدين بنستي، مرجع سابق، ص 150.

723- تنص المادة 1 منه على أنه:
" تمارس ... مهنة وكيل أعمال محرر العقود ثابتة التاريخ بصفتها مهنة حرة، من طرف كل شخص ذاتي يتكلف بتحرير العقود ثابتة التاريخ...
يشار في هذا القانون إلى وكيل الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ بوكيل أعمال".
وورد في المادة 2 منه أنه:
"تتنافى مهنة وكيل أعمال مع جميع الوظائف الإدارية والقضائية، كما تتنافى مع مهنة محام أو موثق أو عدل أو ناسخ أو مفوض قضائي أو ترجمان، وكذا مع كل نشاط تجاري أو معتبر كذلك بمقتضى القانون".

المطلب الأول
الوكالة التجارية

إلى جانب وظيفتها القانونية المتمثلة في تخويل الوكيل صلاحية تمثيل وكيله أمام الغير عن طريق التوسط في التفاوض أو التعاقد بصورة معتادة مع هذا الأخير بشأن عمليات تجارية، فإن الوكالة التجارية تلعب دورا اقتصاديا مهما بوصفها إحدى الآليات الفاعلة في تنشيط المعاملات التجارية، لاسيما في البلاد التي تعتمد أسواقها على الاستيراد، حيث يقوم الوكلاء كوسطاء بين المنتجين والمستهلكين.

وهكذا، فإن اتساع نشاط المؤسسات الخدماتية والإنتاجية -الأجنبية منها والوطنية- حذا بها إلى تكثيف جهودها للقيام به معتمدة في ذلك على وكلاء متخصصين يتوفرون على قدرات مالية وخبرة تمكنهم من معرفة أحوال السوق وحاجيات الموكل سواء من حيث اقتناء المواد الأولية أو من حيث تصريف منتجاته في الأوقات المناسبة وبأفضل الشروط والأسعار[724].

واعتبارا للأهمية التي تكتسيها الوكالة التجارية، فإن المشرع اهتم بتنظيمها، إذ على الصعيد الدولي، نجد بعض المحاولات الرامية إلى توحيد أحكامها ووضع حلول لنزاعات الأطراف الدولية، تبنتها غرفة التجارة الدولية سنة 1960 ومعاهدة روما لتوحيد القانون الخاص سنة 1961[725] كما أحاطتها التشريعات الداخلية بعنايتها بدرجات متفاوتة

724- أنظر في هذا المعنى:
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 367.
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن. الجزء الثاني. الطبعة الأولى. سنة 2001. ص 183.

725- أنظر في هذا الصدد:
- ماجد محمد عبد الرحمان خليفة، الوكالة التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. سنة 1977. ص 7 وما بعدها. كلية الحقوق. جامعة القاهرة.

Scanné avec CamScanner

حيث إن البعض منها اهتم أكثر بالجانب الإجرائي-أي بممارسة أعمال الوكالة التجارية كمهنة تستلزم في القائم بها توفره على شروط معينة[726] بينما ركز البعض الآخر أساسا على تنظيمها من الناحية الموضوعية كتحديد حقوق وواجبات الأطراف المتدخلة فيها[727].

ولم يبق التشريع المغربي بمنأى عن هذا التدخل، وإن جاء متأخرا بالمقارنة مع تشريعات أخرى، ذلك أن ظهير 12 غشت 1913 المكون للقانون التجاري الملغى، لم يفرد بين دفتيه حيزا لهذا العقد[728] وبالتالي فإن أول تنظيم قانوني له كان بموجب الظهير الشريف الصادر في فاتح غشت 1996 المتعلق بمدونة التجارة التي خصصت له المواد من 393 إلى 404 منها بعد أن ألمحت إليه بكيفية غير مباشرة في البند التاسع من المادة السادسة بقولها:

"... تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافيـــة للأنشـــطة التالية:

9) السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة" ومن هذه الأخيرة الوكالة التجارية لأن لفظ "وغيرهما" يستغرقها أيضا.

726- مثلما هو الشأن بالنسبة لقانون تنظيم أعمال الوكالة التجارية الكويتي رقم 36 لسنة 1964 الصادر في 15 يوليوز 1964. المنشور بجريدة الكويت. العدد 486. بتاريخ 19 يوليوز 1964 وقانون تنظيم أعمال الوكالات التجارية الليبي رقم 33 لسنة 1971 الصادر في 27 أبريل 1971. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 33 بتاريخ 17 يوليوز 1971. وقانون تنظيم أعمال الوكالة التجارية المصري رقم 120 لسنة 1982. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 5 غشت 1982 وغيره.

727- وهو النهج الذي اعتمده المرسوم اللبناني رقم 34 لسنة 1967 المتعلق بالتمثيل التجاري الصادر في 5 غشت 1967. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 64 بتاريخ 10 غشت 1967. والمرسوم الفرنسي رقم 1345.58 الصادر في 23 دجنبر 1958. المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 28 دجنبر 1958. المغير بالمرسوم رقم 91.593 الصادر في 25 يونيو 1991.

728- لأنه لم يكن يعرف من الانتشار في الممارسة العملية ولا من الأهمية القدر الذي يستلزم من المشرع أن يضفي عليه اسما خاصا به ويتناوله بالتنظيم على غرار باقي العقود التجارية الأخرى.

والملاحظ أن هذا التنظيم في مجمله يمزج ما بين المقتضيات الموضوعية التي تحكم العلاقات التعاقدية الناشئة عن عقد الوكالة التجارية، وبعض الإجراءات التنظيمية كضرورة تسجيل هذا الأخير في السجل التجاري [729] وحصول الوكيل التجاري على البطاقة المهنية المسلمة له من قبل غرفة التجارة والصناعة والخدمات [730].

الفقرة الأولى : ماهية الوكالة التجارية

لعل المدخل الصحيح إلى الوقوف على ماهية الوكالة التجارية بوصفها أول عقد وساطة تجارية افتتح به المشرع المغربي عقود الوساطة التجارية كما صاغها في مدونة التجارة، يقتضي منا، من ناحية تسليط الضوء على مفهومه، ومن ناحية أخرى تبيان طبيعته القانونية وذلك من خلال إبراز الخصائص الأساسية المميزة له، وتمييزه عن بعض العقود، لاسيما تلك القائمة على فكرة الوساطة التجارية نظرا لوجود قواسم مشتركة بينهما.

729- عملا بالمادة 37 من مدونة التجارة التي تنص على ما يلي:

" يلزم بالتسجيل في السجل التجاري، الأشخاص الطبيعيون والمعنويون، مغاربة كانوا أو أجانب، الذين يزاولون نشاطا تجاريا في تراب المملكة.

ويلزم بالتسجيل علاوة على ذلك:

1- كل فرع أوكالة لكل مقاولة مغربية أو أجنبية.

2- كل ممثلية تجارية أو وكالة تجارية لدول أو جماعات أو لمؤسسات عامة أجنبية...".

730- وهو ما يستشف من الفقرة الأخيرة من المادة 4 من القانون رقم 38.12 المتعلق بالنظام الأساسي لغرف التجارة والصناعة الخدمات، حيث جاء فيها أنه: "علاوة على المهام المشار إليها أعلاه تؤهل الغرف لتسليم الوثائق المطلوبة من لدن الصناع والتجار ومتعهدي الخدمات لأجل استعمالها داخل المغرب وخارجه ولاسيما شهادات المنشأ بالنسبة للسلع المراد تصديرها وكذا البطائق المهنية".

اولا، تعريف عقد الوكالة التجارية

إن الوكالة المقصودة هنا، هي عبارة عن وكالة نيابية تسمى "بوكالة العقود"731– بموجبها يتعاقد الوكيل التجاري باسم الموكل ولحسابه، وهو نفس المعنى الذي أخذ به المشرع المغربي في المادة 393 من مدونة التجارة732 حيث جاء فيها إن عقد الوكالة التجارية:

731– خصص المشرع المصري الفصل الخامس من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 للوكالة التجارية التي تنقسم إلى نوعين؛ هما الوكالة بالعمولة ووكالة العقود هذه الأخيرة التي عرفتها المادة 177 بكونها:

" عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يتولى على وجه الاستمرار، وفي منطقة نشاط معينة، الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه مقابل أجر ويجوز أن تشتمل مهمته على تنفيذها باسم الموكل ولحسابه".

وهكذا، يكون العقد حسب التشريع المصري "وكالة عقود" عند تعاقد الوكيل باسم ولحساب الموكل، و"وكالة بالعمولة" في حالة تعاقد الوكيل باسمه ولحساب موكله.

أنظر بخصوص وكالة العقود:

– أكثم أمين الخولي، الوسيط في القانون التجاري، الجزء الرابع: العقود التجارية. الطبعة الأولى. سنة 1958. ص261.

– رضا السيد عبد الحميد، إنهاء وكالة العقود وآثاره في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999. دراسة مقارنة مع القانون الكويتي والقانون الفرنسي. طبعة 1999–2000. ص 4.

732– التي تشبهها من حيث الصياغة– إلى حد ما– على مستوى التشريع المقارن وعلى سبيل المثال فحسب، كل من المادة 625 من المجلة التجارية التونسية، والمادة الأولى من مرسوم الوكلاء التجاريين اللبناني الصادر في 25 يونيو 1991، وإن كانت كل منهما قد ركزت على التعريف بالوكيل التجاري وليس عقد الوكالة التجارية، حيث ورد في الأولى أنه:

" يعتبر وكيلا تجاريا، الشخص الذي يلتزم عادة بإعداد عقود البيع والشراء وبوجه عام جميع المعاملات التجارية الأخرى باسم تاجر ولحسابه الخاص، دون أن يكون مرتبطا معه بعقد إجارة عمل".

وجاء في الثانية أنه:

" يعتبر الوكيل وكيلا مستقلا ولا يرتبط بالموكل بعقد إجارة الخدمة أو الصنعة ويتحمل بصفة دائمة المفاوضات واحتماليا إبرام عقود البيع والشراء والكراء أو

"عقد يلتزم بمقتضاه شخـــص ودون أن يكـــون مرتبطـــا بعقـــد عمل بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة، بشأن عمليات تهم أشرية أو بيوعات وبصفة عامة جميع العمليات التجارية، باسم ولحساب تاجر أو منتج أو "ممثل تجاري" آخر يلتزم من جهة بأداء أجرة عن ذلك".

وهو تعريف من بين ما لاحظناه عليه، أن المشرع لم يحل فيما يتعلق بالمقتضيات المنظمة له- إلى جانب تلك الواردة في مدونة التجارة- على القواعد المنظمة لعقد الوكالة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، على عكس ما سلكه بالنسبة لعقد الوكالة بالعمولة حيث نص على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة 422 من هذه الأخيرة[733].

أداء خدمة باسم ولحساب المنتجين والمصنعين والتجار أو وكلاء تجاريين آخرين ويمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا".

والجدير بالملاحظة، أن التعريفات التي أدلى بها رجال الفقه القانوني لم تخرج عن مفهوم الوكالة التجارية وإن اختلفت أساليبهم، إذ منهم مثلا من يرى أنها:

"عملية وساطة يتولى فيها الوكيل التجاري التفاوض أو التعاقد بصفة معتادة باسم ولحساب تاجر مقابل أجر".

- فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 101.

ومنهم أيضا من يعتبر الوكيل التجاري:

" ذلك المهني الذي يعمل لحساب مؤسسة أو عدة مؤسسات باسمها ويؤمن تمثيلها لدى زبائن يبحث عنهم، يفاوض ويبرم العقود كوكيل بدون أن يرتبط بعقد إجارة الخدمة".

- جيروم هوييه، المطول في القانون المدني، بإشراف جاك غستان. المجلد الثاني. ترجمة منصور القاضي. الطبعة الأولى. سنة 2003. ص1199 وص 1200.

733- وللإشارة، فإنه قضى في المادة 404 منها بأنه:

"تطبق مقتضيات هذا القانون على كل عقد وكالة تجارية مبرم مع وكيل مقيم في تراب المملكة رغم كل شرط مخالف".

والجدير بالذكر، أنه إذا ما أوردنا في خضم دراستنا لعقد الوكالة التجارية بعض مقتضيات الوكالة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، فإن ذلك سيكون فقط على سبيل الاستئناس وليس على سبيل القياس خصوصا وأن المشرع لم يحل عليها كما فعل صراحة بالنسبة للوكالة بالعمولة.

Scanné avec CamScanner

كما أنه انصب على العقد وليس على الشخص القائم به، فضلا عن أن المشرع حدد طيه موضوع الوكالة التجارية في كونه بصورة خاصة "عمليات البيع والشراء" وبصفة عامة "جميع العمليات التجارية".
ولا عجب في ذلك، فالوكالة التجارية وإن كانت حاضرة في معظم المجالات التجارية كالمجال البنكي مثلا، والسياحي، ومجال النقل البحري وغيره، إلا أن لها في البيع والشراء أهمية خاصة نظرا لأن المحرك الأساسي للنشاط التجاري هو عملية البيع والشراء.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإننا نعتقد أنه تعريف يكتنفه عيب يكمن في استعمال المشرع لعبارة "ممثل تجاري" في إطار مدونة التجارة في نسختها باللغة العربية، علما أن هذا الأخير يخضع لمدونة الشغل وليس للمدونة المذكورة، وذلك على عكس النسخة المحررة باللغة الفرنسية التي أوردت عبارة "وكيل تجاري آخر".

وللمزيد من التوضيح في هذا الخصوص، نشير إلى أن عنصر التبعية القانونية لئن كان يعد من العناصر الجوهرية في عقد الشغل، إلا أن المشرع أخذ استثناء بالتبعية الاقتصادية، وأخضع تأسيسا على ذلك فئة من الأجراء لمدونة الشغل، ومن بين هؤلاء الممثلون أو الوسطاء التجاريون.

والممثل أو الوسيط في المجالين التجاري[734] والصناعي، هو الشخص الذي تعهد إليه مؤسسة ما بمباشرة مختلف البيوعات باسمها

734- بمناسبة مزاولته لأنشطته، يستعين التاجر إلى جانب الوكلاء التجاريين بفئة أخرى من الأشخاص تتكون من الممثلين التجاريين سواء كانوا يعملون في محلاته أو خارجها، كما هو الأمر بالنسبة للممثلين المتجولين.
ويلتقي الممثلون التجاريون مع الوكلاء التجاريين في أن نشاطهم يتأسس على فكرة النيابة عمن يعملون لحسابه ويتعاقدون مع الغير باسمه ولحسابه بعقد قد يكون محدد أو غير محدد المدة، لكنهم يختلفون عن هؤلاء من حيث كون العقود التي تربطهم بمن يستخدمهم هي عقود عمل، أما بالنسبة للوكلاء التجاريين فإنها عقود وكالة تجارية.

ولحسابها، وجلب الزبناء إليها، وتصريف منتوجاتها وبضائعها إليهم لقاء مقابل عن ذلك.

ويعد عقد الممثل أو الوسيط، عقد شغل تسري عليه أحكام مدونة الشغل، أيا كان الوصف الذي يضفى عليه، وسواء كان يعمل لحساب مشغل واحد أو أكثر- ما دام العقد المبرم مع المؤسسة المشغلة لا يتضمن أي شرط من شأنه أن يمنعه من تمثيل مقاولات أخرى طيلة مدة سريانه- وسواء كان يزاول مهنة أخرى إلى جانب التمثيل التجاري، أو كان يقوم بمباشرة عمليات تجارية لحسابه الشخصي، إذا كانت هناك شروط تجيز ذلك.

فالمهم، أن يكون العقد المبرم بينه وبين المؤسسة المشغلة مكتوبا- كان محدد المدة أم غير محدد المدة- وأن يحدد طبيعة التمثيل التجاري- الذي ينبغي أن يمارسه بصورة مستمرة لا انقطاع فيها- والجهة التي يتعين عليه أن يزاول نشاطه فيها أو فئات الزبناء التي كلف بالتعامل معها ونسبة الأداءات المستحقة له[735].

وهكذا، فإن عقد التمثيل التجاري الذي يخضع فيه الممثل التجاري لسلطة الرقابة والتوجيه من قبل من يستخدمه وتربطه به بالتالي علاقة تبعية، تسري عليه أحكام مدونة الشغل وليس مدونة التجارة.

735- في معرض تحديد المشرع لمجال تطبيق أحكام مدونة الشغل، نص في المادة 2 من هذه الأخيرة على أنه:

" تسري أحكام هذا القانون أيضا على:

1- الأشخاص الذين يضعون أنفسهم في مقاولة ما رهن إشارة الزبناء لكي يقدموا إليهم مختلف الخدمات، سواء كان ذلك بتكليف من رئيس المقاولة أو برضاه.

2- الأشخاص الذين عهدت إليهم مقاولة واحدة بمباشرة مختلف البيوعات وبتلقي مختلف الطلبات إذ كان هؤلاء الأشخاص يمارسون مهنتهم في محل سلمته لهم المقاولة، ويتقيدون بالشروط والأثمنة التي تفرضها تلك المقاولة.

3-..."

" وجاء في الباب السادس من القسم الأول من الكتاب الأول منها، تحت عنوان:

"الوكيل المتجول أو الممثل أو الوسيط في التجارة والصناعة" وعلى وجه التحديد في المادة 79 منه ما يلي:
" يعد عقد شغل، كل عقد يكون التمثيل التجاري أو الصناعي محلا له، أيا كان الوصف الذي أعطي له، والمبرم بين الوكيل المتجول، أو الممثل أو الوسيط، مهما كانت صفته، وبين مشغله في الصناعة أو التجارة، سواء نص العقد صراحة على ذلك أم سكت عنه، في الأحوال التي يكون فيها الوكيل المتجول أو الممثل أو الوسيط:
- يعمل لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين.
- يمارس فعليا مهنته وحدها بصفة مستمرة.
- مرتبطا بمشغله بالتزامات تحدد طبيعة التمثيل التجاري أو الصناعي، أو الخدمات...والجهة التي يجب أن يمارس فيها نشاطه أو فئات الزبناء التي كلف بالتعامل معها، ونسبة الأداءات المستحقة له.
لا تحول الأحكام المبينة أعلاه دون وجود شروط تسمح للوكيل المتجول، أو الممثل أو الوسيط في التجارة أو الصناعة، بمزاولة مهنة أخرى، أو بمباشرة عمليات تجارية لحسابه الشخصي .
لا تسري أحكام هذه المادة على الأجراء الذين يكلفون عرضا، إضافة إلى شغلهم داخل المقاولة بالقيام بمساع لدى الزبناء يتقاضون عنها فقط مبلغا محددا..."
وورد في مطلع المادة 80 أنه:
" يجب أن تكون العقود المبينة في المادة 79 أعلاه مكتوبة .
تبرم هذه العقود حسب اختيار الطرفين إما لمدة محددة أو لمدة غير محددة...".
كما قضت الفقرة 1 من المادة الموالية بأنه:
" يمكن تضمين العقد المنصوص عليه في المادة 79 أعلاه، شرطا يمنع على الوكيل المتجول أو الممثل، أو الوسيط، تمثيل مقاولات تجارية أو صناعية، أو منتجات معينة، مدة سريان العقد".
أنظر بخصوص التكريس القضائي لهذا الاتجاه الذي سلكته مدونة الشغل بالنسبة لتحديد موقفها من سريان أحكامها على فئة الوكلاء المتجولين أو الممثلين أو الوسطاء، مثلا:
- قرار المجلس الأعلى عدد 278 الصادر بتاريخ 25 مارس 1985. المنشور بالمجلة المغربية للقانون. العدد الأول. سنة 1986. ص35 وما بعدها.
راجع أيضا:
- عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل: الجزء الأول: علاقات الشغل الفردية. الطبعة الأولى. سنة 2004. ص119.

Scanné avec CamScanner

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الوكالة التجارية

لعل من شأن تسليط الضوء على بعض الخصائص الأساسية التي يتسم بها عقد الوكالة التجارية وتمييزه عن بعض العقود الأخرى أن يعطي فكرة ولو تقريبية عن طبيعته القانونية:

1- خصائص عقد الوكالة التجارية

يتميز عقد الوكالة التجارية بمجموعة من الخصائص، منها أنه عقد رضائي[736] ذلك أن المشرع وإن تطلب لإثباته وإثبات سائر التعديلات التي قد تطرأ عليه – عملا بالمادة 397 من مدونة التجارة- إلا أنه لم يستلزم شكلا معينا لإبرامه، وبالتالي فإنه يكفي الاتفاق بين الموكل والوكيل على العناصر التي يعتبرانها أساسية فيه كمحله ومدته وكذا الأجرة أو العمولة المستحقة للوكيل التجاري، لكي ينتج آثاره القانونية.

وعلاوة على ذلك فإنه عقد ملزم للجانبين[737] بحيث يرتب التزامات متبادلة ومتقابلة في ذمة كل من الموكل والوكيل، إذ يتعين عليهما تنفيذها وفق ما تم الاتفاق عليه وما يفرضه حسن النية في المعاملات، كما أنه عقد معاوضة [738] يأخذ فيه كل منهما مقابلا لما أعطاه، وعقد يرتكز أساسا على الاعتبار الشخصي[739] الذي يفيد من جهة الموكل أن هذا الأخير لا يقبل على إبرام العقد إلا بعد أن تتولد لديه الثقة في شخص معين بالذات يتوفر على المواصفات والقدرات

736- انظر في هذا الصدد:
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 369.
737- عزيز العيكلي، مرجع سابق، ص 370.
738- تمت الإشارة إلى هذه الخاصية في قرار للمجلس الأعلى صدر بتاريخ 13 نونبر 1989 في الملف عدد 2226. المنشور بمجلة القضاء والقانون. القانون. العدد 142. السنة 28. ص 28.
739- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 371.

Scanné avec CamScanner

الشخصية التي من شأنها أن تسعفه في تمثيله لدى الغير وتصريف منتوجاته إلى المستهلك أو عرض خدماته عليه بأفضل الطرق والشروط، ويعني من جهة الوكيل اعتماده على مؤهلات الموكل في تنفيذ العقد بما يحقق مصالحهما معا.

وهو كذلك عقد يبرمه الوكيل التجاري باسم الموكل ولحسابه- على عكس الوكالة بالعمولة كما سنرى لا حقا- أي أنه بتعبير آخر ينوب عن موكله لدى الغير في أداء المهمة المنوطة به والتي قد تقتصر فقط على مجرد القيام بأعمال الدعاية والإعلان والتفاوض معه بخصوص عروض موكله والشروط اللازمة للتعامل، كما أنها قد تتعدى ذلك إلى التعاقد معه باسم ولحساب موكله، وحسب منطق النيابة، فإن آثار العقد المنجز مع الغير تنصرف إلى ذمة الأصيل أي الموكل[740].

وهكذا، فإن الوكيل التجاري يكتسب صفة تاجر على الرغم من أنه يمارس الوكالة التجارية باسم ولحساب الموكل، ذلك أن المشرع لم يقرن اكتساب هذه الصفة بممارسة الشخص لنشاطه باسمه ولحسابه وإنما استلزم مزاولة أي نشاط من الأنشطة المبينة في المادة السادسة من مدونة التجارة بكيفية اعتيادية أو احترافية، ومنها السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة.

ومن الخصائص المميزة أيضا لهذا العقد، كون الوكيل التجاري يمارس بموجبه نشاطه دون خضوع لمراقبة وإشراف موكله لأنه لا يربطه به عقد عمل[741] وإنما هو تاجر يحترف بصفة معتادة أعمال

740- حسبما يستفاد من مطلع المادة 393 من مدونة التجارة.

741- يقترب عقد الوكالة التجارية من عقد الشغل في عدد من النواحي، مثل إمكانية إبرامه لمدة محددة أو غير محددة، وتحول العقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة في حالة استمرار تنفيذه بعد انتهاء أجله، فضلا عن طريقة انتهاء عقد الوكالة التجارية غير محدد المدة التي تتطابق مع مسطرة إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة فيما يتعلق بوجوب توجيه إشعار إلى الطرف الآخر.

Scanné avec CamScanner

الوكالة التجارية[742] على وجه الاستقلال[743] لأن الاستقلال في ممارسة المهنة يعتبر خصيصة قانونية لا غنى عنها لصفة التاجر[744].

لكن رفعا لكل التباس، نص المشرع صراحة في المادة 393 من مدونة التجارة على أن عقد الوكالة التجارية يبرم دون أن يكون الوكيل التجاري مرتبطا بعقد عمل وبالتالي تنتفي الخاصية الجوهرية التي تميز عقد الشغل عن عقد الوكالة التجارية ونقصد عنصر التبعية، لأن اكتساب صفة تاجر يتطلب الاستقلال في ممارسة المهنة على سبيل الاعتياد أو الاحتراف، ولا تخلع عنه التعليمات والتوجيهات الصادرة إليه من موكله خاصية الاستقلال، لأنها لا تصل إلى درجة التبعية كما هو الحال في علاقة الأجير بمشغله.

742- حسبما ورد ذكره في مستهل المادة 393.

743- ومن مظاهر صفة الاستقلال هاته الإمكانية الممنوحة للوكيل في تمثيل عدة موكلين دون أن يتوقف ذلك على موافقة أي منهم.

وفي هذا السياق، تنص الفقرة 2 من المادة 393 على أنه:

" يمكن للوكيل التجاري أن يمثل عدة موكلين دون أن يلزم بموافقة أي منهم، غير أنه لا يجوز له أن يمثل مقاولات متنافسة".

744- و كما جاء في إحدى الدراسات:

" فإن من يزاول الأعمال التجارية يجب أن يكون مستقلا عن غيره في مزاولته لها ويلتزم بنتائجها سلبا أو إيجابا، ذلك أن جوهر الأعمال التجارية التي تقوم على المضاربة بقصد تحقيق الربح تقتضي أن يقبل من يقوم بهذه الأعمال ما يترتب عليها من نتائج...والتجارة بما تقوم عليه من ثقة وائتمان توحي بفكرة الاستقلال بالعمل التجاري وعدم خضوع التاجر في أعماله لأي شخص آخر...

ويعتبر الوكلاء التجاريون والوكلاء بالعمولة تجارا مع أنهم يقومون بالعمل المنوط بهم لحساب موكليهم ووفقا لتعليماتهم، إلا أنهم لا يخضعون في حرفة الوكالة التجارية ذاتها لإرادة أحد، وإنما يقومون بالحرفة على وجه الاستقلال، وهو ما يكفي لإسباغ صفة التاجر عليهم إذا ما احترفوا هذه الأعمال.

كذلك يعتبر السمسار تاجرا لأنه يقوم بأعمال السمسرة ويتخذها مهنة له دون أن يكون تابعا لأحد الطرفين في إبرام العقود والتي يتوسط فيها، وهو يمارس مهنته على وجه الاستقلال.

لذلك اعتبر المشرع... الوكالة التجارية والسمسرة من الأعمال التجارية لأنها تسهم في تداول الأموال.

Scanné avec CamScanner

ثم إن هذا النوع من الوكالات يتسم بالصفة التجارية التي تشكل مناط خضوع الوكالة التجارية للمقتضيات الواردة في مدونة التجارة التي تسري على الأنشطة التجارية، ومن بين هذه الأنشطة التي اعتبر المشرع أن ممارستها على وجه الاعتياد أو الاحتراف يكسب الشخص صفة تاجر، السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة التي تدخل في عدادها، أيضا الوكالة التجارية، على أن تكون العملية ذات طبيعة تجارية[745].

2- تمييز عقد الوكالة التجارية عن العقود المشابهة

من المعلوم، أن الوكالة التجارية لا تعتبر العقد الوحيد الذي بمقتضاه يتولى بعض الأشخاص تقديم الخدمات للغير أو بالأحرى القيام بمهمة الوساطة، وإنما هناك عقود أخرى تشترك معها في ذلك، ارتأينا أن نسوق منها ما يلي:

أ- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد السمسرة

السمسرة عقد يكلف بموجبه السمسار من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد في مقابل أجرة يستحقها -مبدئيا- إذا تم إبرام العقد الذي توسط فيه أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للأطراف، من العميل الذي كلفه.

وهكذا، فإن دوره يتحدد في التقريب بين وجهات النظر من أجل إبرام عقد ما، وهو يلتزم بتقديم خدماته للطرفين معا وتنفيذ سائر

فالوكيل التجاري والسمسار وإن كانت أعمالهما تتم لحساب الغير، إلا أن الأصول التقليدية التجارية تفيد أن حقيقة أعمالهما وضرورتها للتجارة تتساوى مع القيام بذات المبادلة التجارية، ومن هنا فمن يمارس حرفة منها يأخذ صفة تاجر".

أنظر في هذا الصدد:

- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 131 وص 132.

745- وهو ما أكده المشرع في المادة 393 بقوله:

"وبصفة عامة جميع العمليات التجارية".

Scanné avec CamScanner

التزاماته المنبثقة عن العقد، بكل صدق ودقة وحسن نية ولو لم يكن مكلفا إلا من أحدهما فقط، تحت طائلة تحمله مسؤولية خطئه أو تدليسه تجاه كل منهما.

وهو لئن كان يشبه عقد الوكالة التجارية من عدة جوانب باعتبار أنه هو الآخر عقد رضائي، وملزم للجانبين وعقد معاوضة، وعقد يقوم على الاعتبار الشخصي، وعلى مبدأ الاستقلال في أداء العمل، وعقد يدخل في عداد العقود التجارية خاصة منها عقود الوساطة، فضلا عن أن السمسرة شأنها في ذلك شأن الوكالة التجارية هي من الأعمال التجارية التي لا تكسب من يزاولها صفة تاجر إلا إذا تمت على وجه الاعتياد أو الاحتراف، إلا أنه يختلف عنه من زوايا أخرى من بينها أنه يخضع بإحالة صريحة من لدن المشرع للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن تطبيقه عليه وفيما عدا ذلك تحكمه المقتضيات الواردة في مدونة التجارة الخاصة به الشيء الذي يجعله أقرب إلى عقد المقاولة منه إلى عقد الوكالة. ثم إن الوكيل التجاري إذا كان عادة ما يتعاقد أو يتفاوض باسم ولحساب تاجر أو منتج ومن ثم يقوم بالعقد نيابة عن موكله وينضم إليه كطرف رئيسي ولو اقتصرت مهمته على المفاوضات، فإن السمسار لا يتعاقد نيابة عمن كلفه بالعمل لحسابه بل يؤدي عملا ماديا قوامه السعي لإيجاد شخص يتعاقد مع هذا الأخير وفق الشروط التي تم الاتفاق عليها بينهما.

هذا، بالإضافة إلى أن أجرة السمسار تحدد حسب المألوف بالاتفاق بينه وبين عميله وبذلك تختلف من عقد إلى آخر، أما أجرة الوكيل التجاري، فإنها تنصب - كليا أو جزئيا- على عمولة تكون بنسبة عدد أو قيمة العمليات المنجزة خلال سريان العقد، وهو يستحق هذه العمولة عند إبرام الصفقة سواء بفضل تدخله أو على إثر مساعدة أحد من الغير، وذلك بمجرد تنفيذها من قبل الموكل، أو من التاريخ المفترض لتنفيذها طبقا للاتفاق الحاصل مع الزبون، أو كذلك بمجرد قيام هذا الأخير بتنفيذها من جانبه.

Scanné avec CamScanner

ب-تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الوكالة بالعمولة

إن عقد الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله في مقابل أجرة يستحقها بمجرد إبرام العقد مع الغير، ما لم يكن ضامنا الوفاء بما يترتب على الأشخاص الذين تعاقد معهم، حيث لا يستحقها إلا بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها في العقد بالتضامن معهم.

وعقد الوكالة بالعمولة يتفق مع عقد الوكالة التجارية في مجموعة من الأمور من ذلك أنه عقد رضائي، وملزم للجانبين، وعقد معاوضة، وعقد يقوم على الاعتبار الشخصي، وعلى مبدأ الاستقلال في أداء العمل، ثم إنه يعد من قبيل الأعمال التجارية التي تكسب القائم بها صفة تاجر فيما لو بوشرت على وجه الاعتياد أو الاحتراف، ومع ذلك فإنه يختلف عنه في بعض المسائل الجوهرية في مقدمتها أنه في عقد الوكالة التجارية يتفاوض الوكيل أو يتعاقد باسم ولحساب الموكل وبالتالي فإن آثار العقد تنصرف إلى ذمة هذا الأخير، أما في عقد الوكالة بالعمولة، فإن الوكيل يكتسب الحقوق الناشئة عن العقد الذي أجراه ويلتزم شخصيا تجاه الأشخاص الذين تعاقد معهم وإن كان العقد قد أبرم لمصلحة موكله، ناهيك عن أن المشرع، إلى جانب المقتضيات المنظمة للوكالة بالعمولة الواردة في مدونة التجارة، أحال صراحة على أحكام الوكالة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، كما نص صراحة على الامتياز المخول للوكيل بالعمولة على البضائع الموجودة في حوزته ولو لم تكن مصدر الدين، والذي من شأنه أن يضمن له استيفاء سائر مستحقاته المتعلقة بالعمليات المنجزة مع موكله.

ج- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الترخيص التجاري

يعتبر الترخيص التجاري أسلوبا مبتكرا أو تقنية حديثة في علم التسويق[746] وطرق الإنتاج والتصنيع وتقديم الخدمات، كان ظهوره نتيجة لحاجة التجارة العالمية إلى زيادة حجم المؤسسات التجارية وغزو الأسواق بواسطة الترخيص الذي تمنحه مؤسسة تجارية لمؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى لبيع منتجات، أو تقديم خدمات، أو خلق وحدات إنتاجية، وذلك باتباع شكل ونظام تجاري معين، عن طريق نقل المعرفة الفنية للمرخص والعلامة المميزة وباقي حقوق الملكية الصناعية إلى المرخص له، ناهيك عن تقديم المساعدات التقنية والتجارية له.

وقد ولد الترخيص التجاري على أيدي رجال الأعمال الأمريكيين، الذين ألفوا فيه أداة لتطوير مؤسساتهم التجارية، والتوسع في حجم ونوع النشاط الذي تقوم به لاسيما في مجال توزيع السلع والخدمات، وقد أدى نموه المطرد كظاهرة تجارية ووسيلة عملية لممارسة النشاط التجاري إلى غزو الأسواق من خلال شبكات دولية للأعمال، فانتقل من الولايات المتحدة الأمريكية- مهد نشأته – إلى أوروبا، وكانت فرنسا في طليعة البلدان التي استقبلته[747] ثم تلتها معظم الدول الأوروبية التي عملت على إنشاء اتحادات متخصصة في هذا الإطار.

746- فهو لدى الفقه نظام تسويقي يقوم على أساس التعاون المستمر بين المقاولة مرخصة ومقاولات أخرى مرخص لها، حيث يخول للمرخص له الحق في القيام بالمعاملات التجارية اعتمادا على أسلوب محدد من قبل وتحت تسميات منشأة من طرفه أيضا.

747- - Jean – Marie le loup: Droit et Pratique de la franchise. Collection: ce qu'il vous faut savoir. 1 ère édition. Année 1983.

Voir :

- Jean – Paul Clément : les nouvelles donneés juridiques de la francaise. Gazette du Palais. N° 3. Année 1991. P 288.

أما فيما يتعلق بالدول العربية ومنها المغرب، فعلى الرغم من انتشاره في رحابها تحت أسماء وعلامات تجارية معروفة عالميا وفي جميع الميادين[748] إلا أن المشرع في جلها لم يتدخل لتأطيره قانونيا بنص خاص تكريسا لما يشهده من تطبيق جد واسع على مستوى الممارسة.

فالمغرب، عرف دخول هذه التقنية الجديدة إلى الميدان التجاري في مرحلة متأخرة نسبيا، لكن ما سرعان ما تم الإقبال عليه، إذ بعد فترة التسعينات، لوحظ تزايد سريع لعدد شبكات الترخيص التجاري سواء الأجنبي أو الوطني، كما تم إنشاء الفدرالية المغربية للترخيص التجاري من طرف مجموعة من المهنيين والمهتمين، وذلك من أجل العمل على تطويره، إلا أن ما يلاحظ، كونه ما يزال متواضعا بالمقارنة مع الدول الرائدة في هذا المجال، للعديد من الأسباب منها الحضور المكثف للشبكات الأجنبية نظرا لشهرة العلامات الأجنبية وقدرتها على الانتشار وتحقيق النجاح، وإقبال المستهلك عليها بكثرة، أمام عزوف المستثمر عن الدخول في إنشاء شبكة محلية أو الانضمام إليها، أضف إلى ذلك أن غياب التنظيم القانوني له يزيد من تعميق سيطرة المرخص ذو القوة الاقتصادية والتجربة الكبرى، على المرخص له الذي يبقى الطرف الضعيف فيها.

وإذا كان الترخيص التجاري يعد وسيلة للتعاون بين مقاولة مرخصة من جهة ومقاولة مرخص لها من جهة أخرى، حيث يقوم المرخص بمنح المرخص له: العنوان والاسم التجاريين، والشارات والشعار والرموز، وعلامات التجارة والصنع والخدمة، بالإضافة إلى الخدمة والمهارة؛ ومجموع المنتجات أو الخدمات أو التكنولوجيا التي تكون أصلية وخصوصية مستغلة وفق تقنيات تجارية موحدة؛ وذلك

748- مثل ناف ناف وبنيتون في مجال الملابس الجاهزة، وماكدونالدز وبتزاهت في مجال الوجبات السريعة، وهيلتون وشيراتون في مجال الفندقة وغير ذلك.

بهدف تطوير المقاولات المتعاقدة من خلال الأنشطة المشتركة الناتجة عن دمج العناصر البشرية والمالية مع احتفاظ الأطراف باستقلالهم القانوني، في مقابل تعويض مالي للمرخص[749].

وإذا كانت الوكالة التجارية نوع من أنواع الوساطة التجارية بموجبها يبرم الوكيل التجاري العقود باسم ولحساب موكله مع الغير لتصريف منتجاته وسلعه - وهي الطريقة المنتشرة خاصة في مجال الاستيراد والتصدير - كما تستعمل بكثرة من قبل الشركات الأجنبية التي ترغب في اكتشاف إمكانيات السوق الأجنبية لتسويق بضائعها أو خدماتها فيها دون الحاجة إلى استثمارات مالية كبيرة[750] فإنها من هذا المنطلق تتشابه مع الترخيص التجاري خاصة منه الدولي.

إلا أنها تختلف عنه من جوانب متعددة، منها أن الوكيل التجاري يعمل من أجل ولحساب موكله، في حين أن المرخص له يعمل باسمه ولحسابه الخاص، فهو يشتري من أجل إعادة البيع أو تقديم الخدمات مع تحمله جميع المخاطر التي يمكن أن تنشأ أثناء ممارسة عمله، كما أن أساس عقد الترخيص هو نقل المعرفة الفنية وحقوق الملكية الصناعية؛ الشيء الذي لا يوجد في عقد الوكالة التجارية رغم أن عمل وارتباط الوكيل التجاري بالموكل يجعله يستعمل الاسم والعلامة التجارية الخاصة بهذا الأخير.

749 – أنظر في هذا الصدد:

-Jean Guenot : la franchise commerciale. Gazette du Palais du 02 Juin 1994. Recueil. Í er semestre 1994. Page 163 et SV.

- ياسر سيد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري. طبعة سنة 2006. الصفحات: 6 و 9 و 10 و 13 و 20 .

- سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، طبعة سنة 1992، ص 209.

750 – حيث تقوم بتعيين وكيل موزع لبضائعها من مواطني الدولة ذاتها التي ترغب التسويق فيها، أو تتعاقد مع شركة أخرى من هذه الدولة كوكيل عنها.

لذا، تبقى فكرة الوكالة أو الوساطة والعمل من أجل المصلحة الخاصة في جلب أكبر عدد من العقود لفائدة الموكل هو أساس عقد الوكالة التجارية، بينما يقوم الترخيص التجاري على أساس تنمية شبكة الترخيص ككل والحفاظ على سمعة العلامة، مع احتفاظ المرخص له باستقلاله المالي والقانوني في ممارسة نشاطه.

ونلفت النظر، إلى أنه كثيرا ما يقع الخلط بين الترخيص والامتياز التجاري[751] الذي هو عقد يتعهد بمقتضاه تاجر يسمى الملتزم بأن يقصر نشاطه في قطاع جغرافي معين لمدة محددة على توزيع بضائع معينة ينتجها تاجر آخر مانح الامتياز تحت إشراف هذا الأخير على أن يكون للملتزم وحده حق احتكار إعادة بيع هذه السلع في القطاع الذي حدد له[752].

بيد أن أهم خاصية يتميز بها الأول عن هذا الأخير، تكمن في تقديم المعرفة الفنية واستعمال العلامة التجارية، حسبما أوضحته محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوربي، حيث أقرت في حكمها الصادر في 18 فبراير 1986 التفرقة بين عقود الترخيص في مجال التوزيع وعقود الامتياز، إذ قضت بأن:

"عقود الترخيص لا تسري عليها القواعد التي تنظم عقود الامتياز، إذ أن هذه العقود لا تتضمن سوى التزاما بالبيع والشراء ولا تشمل العناصر الأخرى المميزة للترخيص التجاري مثل التنازل عن الشارات والرسوم المميزة والتنازل عن المعرفة الفنية بالإضافة إلى التزام

751- نجد في حظيرة القانون العام أيضا عقدا يسمى عقد الامتياز، وهو أسلوب ينيط بموجبه شخص عام يدعى مانح الامتياز بشخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الامتياز إقامة مرفق عام وإدارته تحت رقابة مانح الامتياز مقابل مكافأة ترتكز في غالب الأحيان على عائدات يستوفيها صاحب الامتياز من مستعملي المرفق العام، ويكون الهدف من وراء إبرامه إشراك الخواص في الاستثمارات العمومية.

752 - claude champaud : la concession commerciale. IN. rèvue trimestrielle de doit commercial. N° 24. Année 1963. P 451.

Scanné avec CamScanner

المرخص له بدفع مبلغ في بداية التعاقد كمقابل للدخول في شبكة المرخص، كما أن علاقة التبعية بين المرخص والمرخص له في عقود الترخيص أشد وأكثر وضوحا من تبعية الملتزم لمانح الامتياز[753].

الفقرة الثانية: تكوين عقد الوكالة التجارية

يتضح جليا من قراءة للمقتضيات المنظمة لعقد الوكالة التجارية في إطار مدونة التجارة، أن المشرع لم يأت بأحكام تخص تكوينه ولا أسباب انقضائه، الشيء الذي يمكن معه الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود لسد هذه الثغرة وذلك في حدود ما يمكن أن ينطبق عليه.

وعلى العموم، فإن عقد الوكالة التجارية ينشأ كسائر العقود الأخرى بتوفر الأركان اللازمة لوجوده والشروط الضرورية لصحته أي أنه لابد لوجوده من تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام، وشيء محقق يصلح أن يكون محل الالتزام، وسبب مشروع الالتزام، كما يجب لصحته صدوره من ذي أهلية وخلوه من عيوب الرضى.

أولا: الرضى في عقد الوكالة التجارية

الأصل في الوكالة التجارية التي تنشأ بعقد يبرم ما بين الموكل والوكيل التجاري، أنها تعتبر من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها تراضي المتعاقدين على عناصرها- كالعملية أو العمليات التي سينجزها الوكيل التجاري، والأجرة التي سيتقاضاها نظير ذلك وغيرها- ما لم يستلزم القانون شكلا معينا، بحيث لا يتم العقد عندئذ إلا باحترامه.

---

753 - voir à ce propos :
-Roberto Baldi : le Droit de distribution commerciale dans l'Europe Communautaire . édition 1988. P 209.

لكن عمليا، نجد أن المشرع يتطلب الكتابة لتنظيم مهنة الوكالة التجارية أو لتسهيل إثباتها -عند نشوء نزاع بشأنها- حماية لحقوق الأطراف فيها، بل إن نماذج غرفة التجارة الدولية تقتضي وجوب كتابتها[754].

وعليه، فإن الوكيل التجاري -الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا- تترتب عليه التزامات التاجر بصفة عامة، وفي مقدمتها تسجيل اسمه في السجل التجاري لأنه يمارس على وجه الاعتياد أو الاحتراف أعمال الوكالة التجارية، التي تكون مكتوبة بطبيعة الحال.

كذلك فإنه بحكم الأهمية التي تكتسيها الوكالة التجارية-إذ هي بالنسبة للوكيل التجاري النشاط الذي يحترفه مقابل أجرة أو عمولة، كما أنها بالنسبة للموكل، قناة أساسية لتصريف منتجاته- فإن أطرافها يحرصون على كتابتها ضمانا لحقوقهم.

غير أن الكتابة هنا لا تعتبر شرط وجود بحيث يترتب على تخلفها بطلان العقد، وإنما مجرد شرط لإثباته[755] ولا أدل على ذلك أن المادة 397 من مدونة التجارة تنص صراحة على أنه:
"يثبت عقد الوكالة التجارية وعند الاقتضاء تعديلاته بالكتابة".

والجدير بالذكر، أن القواعد التي وضعت لتطبق على العقود بشكل عام، هي نفسها التي تحكم عقد الوكالة التجارية في الحدود التي لا تتنافى مع طبيعته.

وهكذا، فإن وجود الرضى يتطلب صدور إيجاب أو عرض جدي ونهائي من الموكل يشتمل على كافة العناصر الأساسية للعقد، وأن

754- مشار إليه لدى:
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 372 .
755- وكما جاء في إحدى الدراسات فإن "تنظيم وتصديق الوكالات لدى كاتب العدل لا يعني أن الكتابة شرط انعقاد العقد وإنما لإثباته فقط".
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 372.

يقترن به القبول وهو ما يزال قائما، سواء تم ذلك في مجلس العقد أو عن طريق التعاقدين بين غائبين.

أما صحته فتتوقف من ناحية على صدوره من ذي أهلية، إذ ينبغي أن يكون الموكل أهلا لأن يباشر بنفسه العملية التي سينجزها الوكيل التجاري باسمه ولحسابه، لاسيما وأن آثار التعاقد مع الغير ستنصرف إلى ذمته[756].

أما الوكيل التجاري، فإن اكتسابه صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية لأعمال الوكالة يعني بالضرورة توفره على الأهلية التجارية. ثم إن الرضى من ناحية أخرى، ينبغي أن يكون صحيحا خاليا من العيوب.

ثانيا: المحل والسبب في عقد الوكالة التجارية

إن المحل بوصفه عموما الغرض الذي تسعى الأطراف إلى تحقيقه من وراء إبرام العقد، يتمثل في عقد الوكالة التجارية في التزام الوكيل التجاري بالتفاوض أو بالتعاقد بكيفية معتادة بشأن عمليات تهم أشرية أو بيوعات أو غيرها من العمليات التجارية، ويشترط فيه ما يتطلب في غيره من العقود وإلا بطل العقد.

ونفس الشيء يقال بالنسبة للسبب الذي تبنى فيه المشرع النظرية التقليدية التي تنظر إلى السبب نظرة موضوعية حيث يراد به وفقا لها الغرض المباشر الذي يقصده الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه كما تأثر بالنظرية الحديثة التي يعتبر السبب فيها هو الباعث الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، وتطلب في جميع الأحوال أن يكون السبب موجودا وحقيقيا ومشروعا.

756- عملا بمقتضى الفصل 880 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

الفقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد الوكالة التجارية

إذا نشأ عقد الوكالة التجارية صحيحا، فإنه ينتج آثاره التي تسري فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، والتي تحكمها قوانين وأعراف وعادات التجارة أو القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري، كما أن تنفيذه يجب أن يتم حسب طبيعته ووفقا لمبدأ حسن النية، وهو لا يقتصر على ما وقع التصريح به في العقد، بل يشمل كل ما يعتبر من ملحقاته التي يقررها القانون أو العرف أو يقتضيها مبدأ الإنصاف[757].

أولا: آثار عقد الوكالة التجارية فيما بين المتعاقدين

نظرا لكونه من العقود التبادلية، فإن عقد الوكالة التجارية ينشئ التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، الوكيل التجاري والموكل. وبما أن التزامات أحدهما تعد حقوقا للآخر فإننا ارتأينا أن نتطرق ضمن هذا الجانب من الدراسة لكل من التزامات الوكيل التجاري والموكل.

1- التزامات الوكيل التجاري

يلعب الوكلاء التجاريون دورا مهما على مستوى التجارة الداخلية والخارجية، كوسطاء بين المنتجين والمستهلكين، وكقنوات متخصصة في إطار حرفتها في تصريف السلع والمنتجات وتسهيل الخدمات، الشيء الذي يفسر كون أعمال الوكالة التجارية لا تقتصر من حيث آثارها على أطرافها، وإنما تمتد لتنعكس على مصلحة اقتصاد البلد.

وربما اعتبارا لهذه الأهمية، نجد المشرع يتطلب شروطا معينة في الوكيل التجاري بوصفه تاجرا محترفا-شأنه في ذلك شأن باقي

757- أنظر في هذا المعنى المادة 2 من مدونة التجارة. والفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود.

التجار- وكذا في عقد الوكالة التجارية ذاته، من ذلك أنه استلزم التسجيل في السجل التجاري[758] وداخل أجل معين[759].

فالمشرع المغربي إذن يستلزم تسجيل الوكالة التجارية في السجل التجاري باعتبارها نشاطا من الأنشطة التجارية التي تكسب الشخص الذي يحترف ممارستها صفة تاجر، وبهذه الصفة يتعين عليه أن يقيد اسمه في السجل التجاري[760].

وعلى العموم، فإن الوكيل التجاري يخضع لالتزامات التجار ناهيك عن الالتزامات المتمخضة عن عقد الوكالة التجارية، والتي سنتطرق إليها باختصار فيما يلي:

758- أنظر المادة 37 من مدونة التجارة.

759- في هذا الصدد تقضي الفقرات من 1 إلى 3 من المادة 75 من نفس المدونة المذكورة أعلاه بأنه:
"يجب أن يطلب تسجيل الأشخاص الطبيعيين خلال الثلاثة أشهر الموالية لفتح المؤسسة التجارية أو لاقتناء الأصل التجاري.
يجب أن يطلب التسجيل الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام أو الخاص داخل الثلاثة أشهر الموالية للإحداث أو التأسيس.
يجب تقديم طلب تسجيل الفروع أو الوكالات المغربية أو الأجنبية وكذا الممثليات التجارية أو الوكالات التجارية للدول أو الجماعات أو المؤسسات العامة الأجنبية داخل ثلاثة أشهر من تاريخ افتتاحها...".

760- تنص المادة 61 من مدونة التجارة على أنه:
"لا يحتج تجاه الغير إلا بالوقائع والتصرفات المقيدة بصفة صحيحة في السجل التجاري.
لا يجوز للأشخاص الملزمين بالتسجيل في السجل التجاري أن يحتجوا تجاه الغير... بالوقائع والتصرفات... إلا إذا تم تقييدها بالسجل المذكور. غير أنه يجوز للغير أن يتمسك من جانبه في مواجهتهم بالوقائع والتصرفات التي لم يقع تقييدها.
لا تطبق الفقرة السابقة إذا أثبت الملزمون بالتقييد أن الأغيار المعنيين كانوا وقت التعاقد على علم بالوقائع والتصرفات الآنفة الذكر".

Scanné avec CamScanner

أ- تنفيذ الوكالة التجارية وفق النطاق المحدد لها

غني عن البيان، أن مناط الوكالة التجارية هو تنفيذ الوكيل التجاري لمحلها وحصوله على أجرة أو عمولة لقاء ذلك، ومن جهة الموكل تمكينه من إبرام الصفقة بواسطته.

وبمعنى آخر، فإن الغاية الأساسية المتوخاة من وراء هذا العقد هي تحقيق المصلحة المشتركة لأطرافه، تلك المصلحة التي تحكمها مبادئ تجارية.

وعليه فإنه من الطبيعي - ودون أن يحتاج الأمر إلى التنصيص على ذلك صراحة- أن تكون نقطة الارتكاز في التزامات الوكيل التجاري هي تنفيذه لأعمال الوكالة التجارية التي قد تقتصر على التفاوض أو يتسع نطاقها لتشمل التعاقد بكيفية معتادة بشأن عملية أو عمليات تجارية.

وعلى الرغم من أن الوكيل التجاري، من موقعه كتاجر يحترف هذه المهنة ويتمتع بالاستقلال في مباشرته لها، إلا أنه يتعين عليه مع ذلك ألا يتجاوز المضمون الجوهري والإطار الشكلي لعقود الوكالة التجارية الذي يكون طرفا فيها، وأن يتقيد بتعليمات الموكل وينفذها كرجل حرفة كفء[761] بما يحقق النفع لهذا الأخير، سواء كانت تكتسي طابعا آمرا بحيث لا يجوز له مخالفتها، أو طابعا إرشاديا يتسنى معه مخالفتها فيما لو اقتضت الظروف ذلك[762].

والجدير بالملاحظة، أن التزام الوكيل التجاري بالتقيد بالحدود المرسومة لوكالته، ليس على إطلاقه، إذ يمكنه الخروج عليها والتعاقد على خلاف تعليمات الموكل وذلك بشروط أفضل معتمدا على الخبرة

761- على حد تعبير المشرع في ختام الفقرة 3 من المادة 395 من مدونة التجارة.

762- أنظر في هذا الصدد:

- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 375.

Scanné avec CamScanner

والمهارة المطلوبة في المجال التجاري[763] أو الامتناع عنها فيما لو تبين له أن تنفيذها سيلحق الضرر بهذا الأخير[764].

وإذا كان التقيد بالنطاق المحدد للوكالة التجارية يفرض أيضا قيام الوكيل التجاري شخصيا بالمهمة المنوطة به من قبل الموكل، فإن التساؤل يطرح حول مدى جواز قيام الوكيل التجاري بإنابة شخص آخر عنه[765] خصوصا وأن المشرع نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة 393 من مدونة التجارة على أنه:

763- لم يتطرق المشرع إلى هذا المقتضى في إطار مدونة التجارة، لكن يمكن الوقوف عليه بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود، إذ بعد أن نص في الفصل 895 على ما يلي:

"على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها. فلا يسوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة".

أضاف قائلا في الفصل 896:

"إذا أنجز الوكيل القضية التي كلف بها بشروط أفضل مما هو مذكور في الوكالة فإن الفرق يكون لفائدة الموكل".

وللإشارة، فإن الرأي لدى غالبية رجال الفقه القانوني مستقر على أن الوكيل إذا خالف تعليمات الموكل إلى الأسوأ، فإن لهذا الأخير الحق في رفض الصفقة، ما لم يقبل الوكيل بتحمل فرق الثمن بين ما حدده الموكل وما تم إنجاز العمل به، وإلا كان مسؤولا في مواجهته عن الضرر الذي لحق به.

انظر في هذا الشأن:

- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 375.
- أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 194.

764- بالنسبة لهذه الحالة أيضا، لم نجد أمامنا سوى الاستئناس بما أورده المشرع في الفقرة 2 من الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود التي تفيد بأنه:

"إذا توفرت للوكيل أسباب خطيرة تدفعه إلى مخالفة التعليمات التي تلقاها أو إلى مخالفة ما جرى عليه العرف، وجب عليه أن يبادر بإخطار الموكل بها في أقرب فرصة. وعليه أن ينتظر تعليماته، ما لم يكن في الانتظار خطر".

765- إن هذا الإشكال لا يثار بشأن الوكالة المدنية لأن موقف المشرع جاء واضحا في الفصل 900 من قانون الالتزامات والعقود إذ نص في الفقرة 1 منه على أنه:

"يمكن للوكيل التجاري أن يمثل عدة موكلين دون أن يلزم بموافقة أي منهم" ولم يسلك نفس النهج بالنسبة لحالة الوكيل التجاري النائب.
ونعتقد، أنه يمكن استنتاج هذه الرخصة ضمنيا من محتوى المادة 399 التي جاء فيها أن:
"الوكيل التجاري يستحق عمولة سواء عند إبرام العملية بفضل تدخله أو بمساعدة أحد من الأغيار".

ب- تنفيذ الوكالة التجارية بمراعاة مصالح الموكل

إلى جانب الوكيل التجاري بتنفيذ الوكالة التجارية وفق الحدود المرسومة لها -كما تقدم بيانه- فإنه يتعين عليه أيضا أن يبذل كل عنايته في تنفيذها بما يخدم مصالح الموكل عملا بمقتضى حسن النية.
ولعل من أبرز موجبات مراعاة مصالح الموكل، التزام الوكيل التجاري بعدم منافسة هذا الأخير[766] سواء لحساب نفسه أو لحساب موكلين آخرين تفاديا لتعارض المصالح.

وتحقيقا لهذا الهدف، كرس المشرع مبدأ عدم جواز تمثيل الوكيل التجاري لمقاولات متنافسة، في الفقرة الثانية[767] من المادة 393 من مدونة التجارة بقوله:

"لا يسوغ للوكيل أن يوكل تحت يده شخصا آخر في تنفيذ الوكالة ما لم يمنح الصلاحية في ذلك صراحة، أو ما لم تستخلص هذه الصلاحية من طبيعة القضية أو من ظروف الحال".
وقضى في مطلع الفصل 901 بأن:
"الوكيل المسؤول عن من يوكل تحت يده...".
766- زيادة في الفائدة، نشير إلى أنه يمكن التمييز بين المنافسة التي لا تحكمها ضوابط أو قواعد وتسمى بالمنافسة المتوحشة، والمنافسة المنظمة التي تستجيب لمعايير وأسس قانونية تمنع اللجوء إلى بعض الممارسات التي من شأنها أن تخل بنزاهة وشفافية العمل داخل الأسواق، وهنا يلعب مجلس المنافسة دورا مهما كحكم يضمن شروط المنافسة النظيفة.
- عبد العالي بنعمور، دور مجلس المنافسة في تخليق العلاقات الاقتصادية. سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط. العدد الرابع. سنة 2012. ص 48.

"يمكن للوكيل التجاري أن يمثل عدة موكلين... غير أنه لا يجوز له أن يمثل عدة مقاولات متنافسة".

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن المشرع وإن قرر من ناحية حق الوكيل التجاري في تمثيل عدة موكلين دون موافقة الموكل تأكيدا منه لمبدأ استقلال الوكيل التجاري في ممارسة نشاطه، إلا أنه من ناحية أخرى منع استعمال هذا الحق عندما يتعلق الأمر بموكلين منافسين لئلا تتضرر مصالح الموكل، ونرى أنه بنهجه هذا يكون قد وفق باعتدال بين حرية الشخص في الاتجار وحماية مصالح الغير.

وخشية من إقدام الوكيل التجاري على الإضرار بمصالح الموكل فإن المشرع المغربي لم يقصر المنع من المنافسة على مرحلة سريان الوكالة، وإنما مدده إلى ما بعد انتهاء العقد بشروط وضعها في المادة 403 من نفس المدونة حيث جاء فيها ما يلي:

"يمكن أن يفرض العقد على الوكيل التجاري الالتزام بعدم المنافسة بعد انتهائه.

يجب أن يتعلق هذا الشرط بمنطقة جغرافية أو مجموعة من الأشخاص المعينين وكذا نوع الأموال أو الخدمات التي يقوم بتمثيلها تبعا للعقد.

لا يصح هذا الشرط سوى لمدة أقصاها سنتان من تاريخ إنهاء العقد رغم وجود أي شرط مخالف".

وهكذا، فإنه إذا تم الاتفاق على هذا المنع -الذي يعتبر قيدا على حرية الاتجار- فإنه يصبح ملزما لطرفيه، وبالتالي فإن مخالفته من قبل

767- أما في الفقرة 3 والأخيرة منها، فنص على أنه:
"لا يمكن للموكل أن يلتزم للوكيل التجاري بضمان حماية مطلقة للزبائن المعهود بهم إليه ضد المنافسة السلبية لباقي وكلائه التجاريين".

Scanné avec CamScanner

للوكيل التجاري تجعله مخلا بالعقد، ويسأل تبعا لذلك عن الضرر الذي يصيب الموكل من هذا الإخلال[768].

وعندما يكلف الوكيل التجاري بمنطقة جغرافية معينة أو بمجموعة معينة من الأشخاص، فإنه يلزمه احترام هذا الشرط الذي يصطلح عليه في أدبيات الفقه القانوني "بشرط القصر" -الذي لا يفترض بل لابد من الاتفاق عليه أو وجود نص قانوني يقرره- ويراد به من جانب الوكيل التجاري قصر نشاطه على تمثيل الموكل ليضمن بذلك عدم منافسته له.

ويمكن استنباط هذا الشرط في نظرنا من محتوى الفقرة الثانية من المادة 399 من مدونة التجارة التي استهلها المشرع بعبارة:

"عندما يكلف الوكيل التجاري بمنطقة جغرافية أو بمجموعة معينة من الأشخاص".

وبالإضافة إلى ما تم ذكره، نعتقد أنه يمكن أن ندرج ضمن الفقرة الثانية من المادة 395 من مدونة التجارة التي تقضي بأنه:

"يلتزم الأطراف بصفة متبادلة بمراعاة قواعد الصدق والإعلام" العديد من الالتزامات التي تصب في هذا المنحى، أي التزام الوكيل التجاري بمراعاة مصالح الموكل[769] وذلك بالنظر إلى اتساع النطاق الموضوعي لقواعد الصدق والإعلام التي تجد أمثلة لها في فصول من قانون الالتزامات والعقود، أكثر من المواد التي أفردها المشرع للوكالة التجارية في إطار مدونة التجارة، من ذلك التزام الوكيل بإعلام الموكل بظروف العملية وتزويده بجميع المعلومات اللازمة وتبصيره بكل ما من

768- في نفس السياق، نرى على ضوء القواعد العامة، أنه لا يجوز للوكيل أن يتعاقد مع نفسه تفاديا لتعارض المصالح، علما أن المشرع لم يصغ نصا عاما يؤطر هذا المبدأ وإنما اكتفى بإيراد تطبيقات له في عدد من فصول قانون الالتزامات والعقود- كالفصل 481 بالنسبة للسماسرة والخبراء، والفصل 731 بالنسبة للمحامين والوكلاء وغيرهم ممن يقوم بنوازل الخصام- وفي المادة 428 من مدونة التجارة بالنسبة للوكيل بالعمولة.

769- والعكس صحيح أيضا لأن النص يشمل الأطراف في عقد الوكالة التجارية.

Scanné avec CamScanner

شأنه أن يؤثر على القدرة التسويقية لمنتجاته أو خدماته[770] وتقديم حساب تفصيلي عن أداء مهمته من أجل تمكينه من معرفة وضعيته المالية[771] ناهيك عن التزامه بالمحافظة على أموال الموكل التي وصلت إلى يده وضمان سلامتها[772] وكذا إرجاع كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو بمناسبتها[773].

2- التزامات الموكل في عقد الوكالة التجارية

تتقرر بموجب عقد الوكالة التجارية عدة التزامات أساسية يتحملها الموكل، من ذلك تمكين الوكيل التجاري من تنفيذ الوكالة، وأداء أجرته أو عمولته، وتسديد المصاريف التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة وتعويضه عن الأضرار التي قد تلحق به من جراء هذا التنفيذ، وغير ذلك مما يفرضه العقد أو تجري عليه أعراف وعادات التجارة في مجال الوكالة التجارية.

ومن جانبنا، ارتأينا أن نتناول التزامات الموكل على النحو التالي:

أ- تمكين الوكيل التجاري من سبل إنجاز مهمته

حتى يتسنى للوكيل التجاري أن ينفذ الوكالة التجارية وفقا لطبيعتها وحسب المألوف، وأن يحقق الغاية المشتركة من وراء إبرام العقد[774] فإنه يتعين على الموكل أن يضع رهن إشارته كل الوسائل اللازمة لتنفيذه، عملا بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 395 من مدونة التجارة، التي نص فيها صراحة على هذا الالتزام، ذاهبا إلى أنه:

770- أنظر في ذلك الفصل 906 والفقرة 1 من الفصل 907 من قانون الالتزامات والعقود.

771- أكد هذا الالتزام الفصل 908 من نفس القانون.

772- أنظر في هذا الصدد الفصل 905 من نفس القانون.

773- حسبما يفيد به الفصل 908 من نفس القانون.

774- كما تفيد بذلك الفقرة 1 من المادة 395 من مدونة التجارة.

"يجب على الموكل أن يمكن الوكيل التجاري من سبل إنجاز مهمته التي يجب عليه القيام بها كرجل حرفة كفء" وذلك من قبيل تزويده بالمعلومات الضرورية، ومساعدته في مجال الدعاية والإشهار للمنتوج[775] وتسهيل مأموريته فيما تفاوض أو تعاقد بشأنه مع الغير وفقا لما حدده له في إطار عقد الوكالة التجارية[776].

ب- أداء الأجرة وتسديد المستحقات الأخرى

تعتبر الأجرة والمصاريف التي تكبد الوكيل التجاري إنفاقها في سبيل تنفيذ الوكالة التجارية والتعويض عن الضرر الذي لحقه من جرائها، حقوقا للوكيل التجاري يلتزم الموكل بدفعها له.

فبالنسبة للأجرة، رأينا فيما تقدم أن عقد الوكالة التجارية من عقود المعاوضة، محله القيام بعملية أو عمليات تجارية -هي من صميم احترافه للمهنة- يستحق عنها الوكيل التجاري أجرة يلتزم الموكل بدفعها له[777] وتكون إما عبارة عن مبلغ معين من المال، أو نسبة مئوية من

775- اهتمت بعض التشريعات بهذا الالتزام -الذي يعتبر من مكملات العقد- منها القانون التجاري المصري الذي ورد في المادة 185 منه أنه:
"على الموكل أن يقدم للوكيل جميع المعلومات اللازمة لتنفيذ الوكالة وأن يزوده- وجه خاص- بالسلع والنماذج والرسوم والعلامات وغير ذلك من البيانات التي تعينه على ترويج السلع موضوع الوكالة وتسويقها".

776- في هذا المعنى ينص البند 2 والأخير من الفصل 914 من قانون الالتزامات والعقود -بالنسبة للوكالة المدنية- على أنه:
"على الموكل:
أولا:...
ثانيا: تخليص الوكيل من الالتزامات التي اضطر إلى التعاقد عليها نتيجة تنفيذه لمهمته أو بمناسبتها. وهو لا يسأل عن الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل ولا عن الخسائر التي تلحقه نتيجة فعله أو خطئه أو من أجل أسباب أخرى بعيدة عن الوكالة".

777- عملا بالقاعدة العامة المكرسة في الفصل 888 من قانون الالتزامات والعقود فإن الوكالة بلا أجر، غير أن مجانيتها لا تفترض، إذا كلف الوكيل بإجراء عمل

Scanné avec CamScanner

قيمة الصفقة التي يبرمها، على أساس أن يتم تحديدها بالاتفاق فيما بينهما -أي الموكل والوكيل التجاري- أو وفقا للعرف السائد في المهنة[778] وفي حالة غياب بند في العقد يتولى هذا التحديد، أو عرف مستقر في المهنة يتكفل بذلك، فإن مبلغ العمولة يخضع آنئذ لتقدير المحكمة التي تراعي مجمل عناصر العملية من وقت وجهد بذل من أجل تنفيذها وغير ذلك[779].

وللإشارة، فإن الوكيل التجاري يستحق عمولة عن كل عملية يتم إبرامها بفضل تدخله شخصيا أو بمساعدة من أحد من الغير[780] بل إنه يستحقها حتى ولو أنجزها بعد انتهاء عقد الوكالة التجارية، في حالة ما إذا كانت العملية مترتبة عن النشاط الذي بذله خلال تنفيذ العقد وأبرمت داخل أجل سنة من تاريخ وقفه، أو كان الموكل أو الوكيل التجاري قد تسلم العرض الذي تقدم به الزبون قبل هذا الوقت[781].

أما عن الوقت الذي يستحق فيه الوكيل التجاري العمولة، فإن المشرع المغربي، في نظرنا، حدده بكل وضوح رفعا للخلاف، في الفقرة الأولى من المادة 401 من مدونة التجارة، جاعلا العبرة فيه -كقاعدة- ليست بإبرام العقد من قبل الوكيل التجاري مع الغير، وإنما بتنفيذه، حيث قال:

"تستحق العمولة بمجرد تنفيذ العملية من طرف الموكل، أو من التاريخ المفترض لتنفيذها تطبيقا للاتفاق الحاصل مع الزبون، أو أيضا بمجرد قيام الزبون من جهته بتنفيذ العملية".

داخل في حرفته أو مهنته، بين التجار فيما يتعلق بالمعاملات التجارية، وكذا إذا قضى العرف بإعطاء أجر عن القيام بالأعمال التي هي محل الوكالة".

778- حسبما يظهر من محتوى الفقرة 1 من المادة 398 من مدونة التجارة.

779- الشيء الذي يستشف من الفقرة 2 والأخير من المادة 398 المشار إليها أعلاه.

780- طبقا لما تفيد به المادة 399 من مدونة التجارة.

781- كما تنص على ذلك المادة 400 من مدونة التجارة.

وحتى لا يتأخر الموكل في الدفع، فإن المشرع نص أيضا في الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه، على أنه:
"تؤدى العمولة على الأكثر في اليوم الأخير من الشهر الموالي للأشهر الثلاث التي استحقت فيها".

وانطلاقا من المقتضيات المنظمة لعقد الوكالة التجارية المقررة في مدونة التجارة، يمكن القول، إن الوكيل التجاري قد يفقد حقه في العمولة في بعض الحالات، منها أن يكون الوكيل التجاري السابق[782] قد استحقها، ما لم تستدع الظروف توزيعها بينهما نزولا عند مبدأ الإنصاف[783] أو ثبت أن العقد المبرم بين الزبون والموكل سوف لن يتم تنفيذه إلا بتدخل هذا الأخير فيه[784] كما يمكن أن يفقدها أيضا متى ارتكب خطأ جسيما كان هو السبب في إنهاء العقد أو فسخه من قبل الموكل[785] أو حالت قوة قاهرة دون تنفيذ العملية التي كلف بها[786] لأنها تجعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة، وبالتالي ينقضي التزام الوكيل التجاري، كما ينقضي الالتزام المقابل له بأداء الأجرة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه[787].

وعلاوة على الأجرة، يستحق الوكيل التجاري أيضا تعويضا عن الضرر الذي لحق به بمناسبة الوكالة التجارية، نص المشرع على استحقاقه وعدم استحقاقه في المادة 402 من مدونة التجارة، التي يتضح

782- أنظر في ذلك الفقرة 1 من المادة 400 من مدونة التجارة.
783- تبعا لما ذكر في الفقرة 2 والأخيرة من نفس المادة المومأ إليها أعلاه.
784- الشيء الذي جاءت به الفقرة 3 من المادة 401 منها.
785- أنظر الفقرة 6 من المادة 396 منها.
وحسب القواعد العامة- خاصة الفقرة الأخيرة من الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود- فإن الخطأ السابق للمدين لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة.
والوكيل التجاري كما هو معلوم دائن بالأجرة لكنه مدين بتنفيذ العملية المنوطة به على أحسن وجه لكي يستحقها.
786- أنظر الفقرة 7 والأخيرة من المادة 396.
787- وهو ما يستشف من الفصل 338 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

من خلال قراءتنا لها، أن الوكيل التجاري يستحق التعويض الذي خصه به المشرع، في حالة ما إذا أقدم الموكل على إنهاء العقد، شريطة أن يوجه إشعارا إلى هذا الأخير يحيطه فيه علما بنيته في المطالبة بحقه هذا، داخل أجل سنة من تاريخ إنهاء العقد، كما يستفيد ذوو حقوقه منه فيما لم توقف العقد بسبب وفاته.

غير أنه لا يستحق أي تعويض، إذا تم إنهاء العقد بسبب خطئه الجسيم، أو كان هذا التوقف ناجما عن فعله ما لم يكن مبررا بظروف تنسب إلى الموكل، أو ناتجا عن استحالة وجد فيها بكيفية معقولة، حالت دون متابعة نشاطه بسبب سنه أو عاهة أو مرض، أو إذا عمل على تفويت حقوقه والتزاماته العقدية إلى الغير ولو بالاتفاق مع الموكل.

كذلك، فإن الوكالة التجارية تستلزم نفقات، منها ما تتطلبه ممارسة الوكيل التجاري لأعمال وكالته باعتباره تاجرا يحترف هذه المهنة – كأجرة المحل الذي يباشر فيه نشاطه، والضرائب المترتبة عليه ومصاريف الدعاية، ونحو ذلك– حيث من الطبيعي أن يتحملها وأخرى ترتبط أساسا بتنفيذ عقد الوكالة التجارية، وهذه يلزم الموكل بردها وفقا لما تم الاتفاق عليه في هذا الأخير أو تبعا لما تقتضيه أعراف المهنة لاسيما وأن المشرع المغربي لم يضع أحكاما ذات الصلة بالنفقات في عقد الوكالة التجارية[788] في إطار مدونة التجارة[789] ولا بالضمانات التي

788– نغتنم الفرصة هنا لنشير، إلى أن المادة 9 من دليل غرفة التجارة الدولية للوكالة التجارية تنص على أنه:
"إذا كان للوكيل علاوة خاصة لتغطية مصاريف سفره ومكالماته التلفونية وبرقياته أو أية مصاريف أخرى، أنفقت في ما له اتصال بشؤون الوكالة، فإنه يجب أن يذكر ذلك بوضوح في العقد، وإذا كان من المرغوب أن يتحمل أحد الطرفين جميع مصاريف، فمن الضروري أن ينص على ذلك بوضوح، إذ أن عبارة "يشترك في المصاريف" تعتبر مصدرا كبيرا للنزاع".
789– أما في قانون الالتزامات والعقود، وبالضبط في القسم المتعلق بالوكالة – المدنية طبعا– فنجد المشرع بعد أن نص في الفصل 913 على أنه:

من شأنها أن تكفل له الحصول على حقوقه على غرار ما فعل بالنسبة لعقد الوكالة بالعمولة، الذي لا يمكننا شخصيا المجازفة بالقياس عليه اعتبارا لخصوصية كل عقد على حدة على الرغم من القواسم المشتركة بينهما.

ثانيا: آثار عقد الوكالة التجارية بالنسبة للغير

في عقد الوكالة التجارية يتعاقد الوكيل التجاري مع الغير استنادا إلى سلطة النيابة المفوضة له من الوكيل، لأنه "لا يحق لأحد أن يلزم غيره ولا أن يشترط لصالحه إلا إذا كانت له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون"[790].

فالوكيل التجاري يتفاوض ويتعاقد باسم ولحساب هذا الأخير وبالتالي فإن إرادته تحل محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل، والمصدر الذي يستمد منه نيابته هو عقد الوكالة التجارية.

1- آثار عقد الوكالة التجارية في علاقة الموكل بالغير

تتولد عن تعاقد الوكيل التجاري مع الغير باسم ولحساب الموكل علاقة مباشرة بين هذا الأخير والغير، إذ يختفي شخص الوكيل التجاري تاركا لهما المجال معا، حيث تترتب لهما وعليهما الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد.

"على الموكل أن يمد الوكيل بالنقود وغيرها مما يلزم لتنفيذ الوكالة، ما لم يقض العرف أو الاتفاق بخلافه" أضاف قائلا في البند الأول من الفصل الموالي:

" على الموكل:

أولا: أن يدفع للوكيل ما اضطر إلى تسبيقه من ماله وإلى إنفاقه من المصروفات من أجل تنفيذ الوكالة، في حدود ما كان لازما لهذا الغرض، وأن يدفع له أجره عندما يكون مستحقا، أيا كانت نتيجة المعاملة، ما لم يكن هناك فعل أو خطأ يعزى إليه...".

790- كما يفيد بذلك الفصل 33 من قانون الالتزامات والعقود.

غير أنه يشترط لسريان مفعول هذه الآثار، أن يتعاقد الوكيل التجاري بناء على وكالة للتصرف نيابة عن الموكل وفي الحدود المرسومة لها، أما إذا لم تكن لديه هذه الوكالة نظرا لعدم توكيله أصلا من قبل الموكل، أو لأن وكالته انتهت، أو لكونه تجاوز نطاق الوكالة التي أعطيت له، فإن القاعدة تقضي بعدم انصراف آثار ما يجريه الوكيل التجاري من تصرفات في هذه الحالات، إلى ذمة الموكل ما لم يجزها هذا الأخير.

2- آثار عقد الوكالة التجارية في علاقة الوكيل التجاري بالغير

في إطار عقد الوكالة التجارية، تتأثر الذمة المالية للموكل بالعقد الذي يبرمه الوكيل التجاري مع الغير باسمه ولحسابه، بحيث يكتسب مباشرة الحقوق ويتحمل الالتزامات الناشئة عنه ولا يكون الوكيل التجاري من حيث المبدأ مسؤولا عن تنفيذه، ومع ذلك، نرى أنه بالنظر إلى نطاق الوعاء الذي تتحرك فيه الوكالة التجارية، فإن الوكيل التجاري لا يظل دائما وفي كل الأحوال بمنأى عن أي علاقة مع الغير، بل إن الأحكام العامة للنيابة في التعاقد تستبعد وتتقرر مسؤوليته مباشرة في مواجهة الغير عن أثر التصرف الذي قام به، وذلك مثلا في حالة ما إذا ضمن له تنفيذ العقد المبرم معه عندما يكون التنفيذ داخلا في وكالته[791] أو في حالة ما إذا تجاوز حدود وكالته، حيث لا يسري أثر التعاقد بالنسبة للموكل متى كان الغير حسن النية إذ لا يعلم بهذا التجاوز، بل يسأل عنه الوكيل التجاري شخصيا ويثبت للغير الحق في مطالبته

791- وهو ما نص عليه كذلك المشرع بالنسبة للوكالة المدنية في الفصل 923 من قانون الالتزامات والعقود قائلا:
"تثبت للغير على الوكيل دعوى من أجل إلزامه بقبول تنفيذ العقد إذا كان هذا التنفيذ يدخل ضرورة في وكالته".

Scanné avec CamScanner

بالتعويض عن الضرر الذي لحقه به جراء عدم انصراف أثر التعاقد إلى ذمة الموكل[792].

الفقرة الرابعة: انقضاء عقد الوكالة التجارية

لئن كان محور هذه الفقرة يبدو عاديا في سياقه النظري، إلا أنه على المستوى العملي نرى أنه عند الحديث عن انقضاء أي عقد من العقود، لاسيما التجارية، منها باعتبار أنها تؤلف موضوع هذه الدراسة المركزي، ولكونها تنتسب إلى بيئة تطبعها خصوصيات معينة وهي البيئة التجارية، أن نستحضر على الأقل في أذهاننا الآثار بل التداعيات الوخيمة التي يخلفها انقضاؤها بالنسبة للأشخاص الأطراف فيها سواء كانوا طبيعيين أو معنويين- الذين يمارسون على وجه الاعتياد أو الاحتراف مهنا لا تخفى أهميتها البالغة على أحد- وكذا بالنسبة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وعموما، فإن الوكالة التجارية بمفهومها كعقد، تقطع هي الأخرى مسارا منذ إنشائها وسريانها إلى غاية انقضائها لسبب من أسباب الانقضاء شأنها في ذلك شأن غيرها من العقود.

وبخصوص هذه المرحلة الأخيرة[793] نرى أن المشرع لئن كان مثلا قد حدد أسباب انقضاء الوكالة المدنية، في الفصل 929 من قانون الالتزامات والعقود في: تنفيذ العملية التي أعطيت من أجلها، وتحـــقق الشرط الفاسخ الذي علقت عليه، وفوات الأجل الذي منحت لغايته

792- والجدير بالذكر، أن بعض التشريعات العربية تستثني من ذلك، حالة خروج الوكيل عن حدود وكالته متى كان يستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل كان ليوافق على هذا التصرف، أو كانت وكالته أكثر نفعا للموكل، أو إذا أقر هذا الأخير هذا التجاوز عملا بالقاعدة التي تقضي بأن الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة.

- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 388 وص 389.

793- التي تفضي كنتيجة إلى انقضاء الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد لطرفيه.

Scanné avec CamScanner

وعزل الوكيل وتنازله عن الوكالة، وموت أي منهما أو حدوث تغيير في حالته من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه، واستحالة تنفيذ الوكالة لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين، إلى جانب إيراده للأحكام الخاصة بكل سبب – تقريبا– من هذه الأسباب تباعا في الفصول من 930 إلى 942 منه، فإنه لم يعتمد نفس النهج أو ما يماثله بخصوص الوكالة التجارية، بل إنه تطرق إلى أسباب انقضائها بكيفية مختزلة ضمن أربعة مواد –هي المواد 395 و396 و401 ثم 402 من مدونة التجارة– جاء التنصيص على البعض منها صراحة، وعلى البعض الآخر ضمنا بحيث يحتاج الأمر في نظرنا إلى استعمال الاستنتاج المنطقي.

وعلى كل حال، فإننا ارتأينا أن نتطرق إلى أسباب انقضاء عقد الوكالة التجارية باختصار كالآتي:

أولا: انقضاء عقد الوكالة التجارية بالأسباب العامة لانقضاء العقود

ينتهي عقد الوكالة التجارية كغيره من العقود، بتنفيذ العملية محله أو بانتهاء مدته، وكذا بالفسخ واستحالة التنفيذ.

1- تنفيذ المحل في عقد الوكالة التجارية أو انتهاء أجله

يعتبر تنفيذ العملية محل العقد، صورة طبيعية لانتهاء سائر العقود[794] ومن هذا المنطلق فإن الوكالة التجارية تنتهي هي الأخرى بإنجاز الوكيل التجاري للعملية التي أعطيت الوكالة من أجلها بحسب طبيعتها ووفقا لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين.

ونعتقد أن استحقاق الوكيل التجاري للعمولة في الظروف العادية، يعد مؤشرا دالا على قيامه بتنفيذ العملية التي كلف بها من لدن الموكل[795].

794- في هذا المعنى، ينص الفصل 320 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقا للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون".

795- وهو ما يستفاد من مطلع المادة 399 من مدونة التجارة حيث جاء فيها أنه:

ثم إن الوكالة التجارية قد تعقد لمدة غير محددة[796] أو لمدة محددة[797] - يتفق عليها بين الموكل والوكيل التجاري في صلب العقد أو يقتضيها عرف تجاري يجري به العمل- تنقضي بفواتها ما لم يستمر أطرافه في تنفيذه بعد انصرامها، حيث يصبح عقدا غير محدد المدة[798].

"يستحق الوكيل التجاري عمولة عند إبرام العملية بفضل تدخله أو عند إبرامها بمساعدة من الأغيار...".
وكذا من الفقرة 1 من المادة 401 التي تنص على أنه:
"تستحق العمولة بمجرد تنفيذ العملية من طرف الموكل أو من التاريخ المفترض لتنفيذها تطبيقا للاتفاق الحاصل مع الزبون، أو أيضا بمجرد قيام الزبون من جهته بتنفيذ العملية".

796- يوصف العقد بكونه غير محدد المدة إذا لم تحدد مدته لا بإرادة طرفيه ولا بالنظر إلى طبيعة العمل محله.
ومن خصائصه أن المشرع يخول لكل من طرفيه إمكانية إنهائه بإرادة منفردة غير أنه يترتب على إنهائه دون إشعار ثبوت المسؤولية في الجانب الذي بادر إلى ذلك عن الضرر الذي لحق الطرف الآخر، ما لم يتعلق الأمر بخطأ جسيم.
وإذا كان المشرع قد أعطى لطرفي العقد غير محدد المدة الحق في إنهائه بالإرادة المنفردة، إلا أنه ليس بإطلاقه، بل لابد من استعماله دون أن تنتج أية مسؤولية على صاحبه، وذلك ليس فقط باحترام أجل الإشعار، وإنما أيضا بعدم التعسف في استعمال حق الإنهاء.

797- يكون العقد محدد المدة حينما تحدد نهايته سلفا من قبل المتعاقدين، بمعنى أن كل طرف يعرف الوقت الذي ستنتهي خلاله التزاماته.
وينبني على كون العقد محدد المدة، أنه ينتهي تلقائيا بانتهاء المدة المحددة فيه من قبل المتعاقدين، أو بانتهاء العمل الذي كان محلا له وذلك دون حاجة إلى إشعار به أو بيان أسباب إنهائه، كما أنه لا يسوغ لأحد المتعاقدين أن يستقل بإنهائه بإرادته المنفردة قبل فوات المدة المتفق عليها تحت طائلة أداء تعويض للطرف الآخر، ما لم يكن الإنهاء مبررا بارتكاب هذا الأخير خطأ جسيما، أو كان الإنهاء بتدخل القوة القاهرة، مع العلم أنه ليس هناك ما يمنع الطرفين من الاتفاق على عدم انتهاء العقد فور انتهاء المدة المتفق عليها.

798- عملا بما تنص عليه الفقرة 1 من المادة 396 من مدونة التجارة.

Scanné avec CamScanner

والجدير بالذكر، أنه يمكن لأي من الطرفين أن يعمد إلى إنهاء عقد الوكالة التجارية[799] متى كان غير محدد المدة، شريطة توجيه إشعار إلى الطرف الآخر- أجله شهر واحد بالنسبة للسنة الأولى من العقد وشهران بالنسبة للسنة الثانية منه وثلاثة أشهر ابتداء من السنة الثالثة[800]- ذلك الإشعار الذي يمكن للموكل أن يتحلل من الالتزام بتوجيهه إلى الوكيل التجاري، بل وأن يقوم بفسخ العقد فيما لو ارتكب هذا الأخير خطأ جسيما[801].

وفيما يتعلق بالوكيل التجاري، فإنه يستحق تعويضا عن الضرر الذي لحق به نتيجة لإنهاء العقد - على الرغم من كل شرط مخالف- إلا أنه يتعين عليه مع ذلك أن يشعر الموكل بنيته في المطالبة بالتعويض داخل أجل سنة من تاريخ إنهاء العقد[802].

وبمفهوم المخالفة، فإن الوكيل التجاري يفقد حقه في التعويض المذكور، متى كان هذا الإنهاء يعزى إلى فعله، ما لم يكن مبررا

799- لأنه إذا كان عقد الوكالة التجارية على غرار غيره من العقود ينعقد بمجرد توافق إرادتي طرفيه، فإن هذه الإرادة المشتركة يمكن لها أن تقضي كذلك بإنهائه ووضع حد له.

800- حسبما ورد في الفقرتين 2 و3 من نفس المادة المذكورة في الهامش السابق. ويتضح بالرجوع إلى الفقرة 4 منها، أنه عند احتساب مدة الإشعار المومأ إليه أعلاه، تراعى المدة المحددة للعقد المنصرمة، حينما يتحول العقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة.

801- طبقا لما جاء في الفقرة 6 من المادة 396.

والملاحظ، أن التشريع المغربي يعتبر من بين التشريعات المقارنة التي لم تحدد مفهوم الخطأ الجسيم، وربما العلة في ذلك كونه يختلف باختلاف صوره وباختلاف وقائع كل نزاع على حدة. غير أنه في إطار المادة 39 من مدونة الشغل مثلا أورد بعض الحالات التي تعد بمثابة أخطاء جسيمة من شأنها أن تؤدي إلى انتهاء عقد الشغل متى تمسك بها رب العمل.

وعلى أي يمكن القول، إن الخطأ الجسيم هو كل فعل يرتكبه أحد طرفي العلاقة التعاقدية فيجعل استمرارها أمرا مستحيلا.

802- الشيء الذي تؤكده الفقرة 1 من المادة 402 من نفس المدونة.

Scanné avec CamScanner

بظروف تنسب إلى الموكل، أو صار يستحيل متابعته والمضي فيه بالنظر إلى عاهة حدثت له أو مرض ألم به[803].

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن المشرع وإن خول لكل طرف في عقد الوكالة التجارية -الموكل والوكيل- الحق في وضع حد له بإرادته المنفردة متى كان غير محدد المدة، إلا أنه التزم الصمت بخصوص العقد محدد المدة[804].

2- استحالة تنفيذ عقد الوكالة التجارية

ينقضي الالتزام كقاعدة عامة[805] إذا نشأ صحيحا ثم أصبح محله مستحيلا استحالة طبيعية أو قانونية بغير فعل المدين أو خطئه وقبل أن يصير في حالة مطل، وبالنسبة لمدونة التجارة، فإنها تنص صراحة- في الفقرة الأخيرة من المادة 396- على أن:
"عقد الوكالة التجارية ينتهي بقوة القانون بفعل القوة القاهرة"[806].

وينبني على ذلك، أن الوكيل التجاري لا يسأل هنا ولا يمكن بالتالي مطالبته بالتعويض[807] من جراء عدم التنفيذ[808] ما لم يكن قد

803- كما تفيد بذلك الفقرة 3 من المادة 402.
في الواقع يعد المرض مانعا مؤقتا يؤدي إلى توقف العقد لا إلى انتهائه، غير أنه يخلق اضطرابا في سير العملية، لذلك ألحقه المشرع في اعتقادنا بأسباب الانتهاء.
804- حسبما يستشف من الفقرة 2 من المادة 396.
805 - تم تكريس تلك القاعدة في الفصل 335 من قانون الالتزامات والعقود.
806- القوة القاهرة على حد تعبير المشرع في الفصل 269 من نفس القانون المشار إليه أعلاه ما يلي:
"كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.
ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي الذل كان من الممكن دفعه ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة، السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين".

Scanné avec CamScanner

التزم بتحمل تبعة القوة القاهرة، لكن إذا كانت استحالة تنفيذ العقد تعزى إلى فعله، فإنه يحق للموكل مطالبته بالتعويض عن عدم التنفيذ.

ثانيا : انقضاء عقد الوكالة التجارية لأسباب خاصة بالمتعاقدين

مثلما ينتهي عقد الوكالة التجارية بالأسباب العامة لانقضاء العقود، فإنه ينتهي أيضا لأسباب تتعلق خصوصا بأطرافه، نتناول منها ما يلي:

1- عزل الوكيل التجاري وتنازله عن الوكالة

في الواقع لم تنص مدونة التجارة صراحة على هذا السبب - على عكس قانون الالتزامات والعقود الذي أسار إليه في الفصل 929 منه في معرض تعداده لأسباب انقضاء الوكالة المدنية- ومع ذلك يمكن في رأينا المتواضع، استنتاجه من مضمون الفقرة الأولى من المادة 395 منها التي جاء فيها أنه:

"يبرم عقد الوكالة التجارية لتحقيق الغاية المشتركة للأطراف" باعتبار أن وجود الوكالة عموما يتأسس على تحقيق المصلحة المشتركة لطرفيه، وبالتالي إذا تبين للموكل أن مصلحته تقتضي إنهاء الوكالة تجنبا لأضرار ستحلقه لا محالة من جراء تنفيذ الوكيل التجاري للتصرف الذي أنيط به، حق له أن يعزله، أضف إلى أن الوكالة

807- لا تفوتنا الإشارة في المقام، إلى أن الحق في التعويض ينشأ كقاعدة عامة- نص عليها المشرع في الفصل 263 من قانون الالتزامات والعقود- ليس فحسب من جراء عدم الوفاء بالالتزام، ولكن أيضا بسبب التأخر في الوفاء به ولو لم يثبت سوء النية لدى المدين.

808- لأنه حسب مقتضى الفصل 268 من نفس القانون، لا يكون هناك محل لأي تعويض:

"إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن.

Scanné avec CamScanner

التجارية تعتبر من العقود اللازمة التي يمكن بموجبها للموكل أن يعزل الوكيل التجاري[809].

2- موت الموكل أو الوكيل التجاري

نرى انطلاقا من مقتضى الفقرة الثانية من المادة 402 من مدونة التجارة التي تنص على أنه:
"يستفيد ذوو حقوق الوكالة التجارية من نفس حق التعويض في حالة توقف العقد بسبب وفاة مورثهم" أن عقد الوكالة التجارية ينتهي من جهة بموت الموكل، لأن شخصيته تعد محل اعتبار في التعاقد، ولأن موته يؤدي إلى انعدام السلطة التي يعتمد عليها الوكيل التجاري في مباشرته لأعماله، وموت الوكيل التجاري[810] من جهة أخرى، وبالتالي فإن ورثته لا يقومون مقامه في تنفيذ العقد، غير أنهم يستحقون من الموكل تعويضا عن الضرر الذي لحق بهم من جراء انتهائه بموت الوكيل التجاري.

809- يرد على حق الموكل في عزل الوكيل قيدان، الأول يتعلق بعزل الموكل للوكيل بغير مبرر معقول أو في وقت غير مناسب، فإنه على الرغم من صحة العزل فإنه يكون للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء هذا العزل، والقيد الثاني يتعلق بالوكالة التي يرتبط بها حق الغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل، فإنه لا يجوز في هذه الحالة عزل الوكيل أو تقييد وكالته دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه."
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 390.
كذلك نجد المشرع ينص -بالنسبة للوكالة المدنية- في البند الأول من الفصل 931 من قانون الالتزامات والعقود على أنه:
"إذا كانت الوكالة قد أعطيت في مصلحة الوكيل أوفي مصلحة الغير، لا يسوغ للموكل أن يلغيها إلا بموافقة من أعطيت في مصلحته".

810- تنتهي الوكالة التجارية بموت الوكيل التجاري، إلا أنه يتعين على وارثه في ما إذا علم بوفاته وتوفرت فيه الأهلية اللازمة أن يشعر الموكل بالوفاة وأن يتخذ التدابير التي من شأنها حماية مصلحة الموكل.
أورده:
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، 391.

المطلب الثاني

عقد السمسرة

مما لاشك فيه، أن عقد السمسرة كواحد من أبرز عقود الوساطة ليس وليد اليوم بحيث أسفرت عنه الممارسة[811] ولا حديث عهد بالتنظيم القانوني[812] كما أنه لم يكن حكرا على المجال التجاري وحده، بل عرف قديما، وبرزت أهميته بشكل كبير في إطار تنشيط حركة المعاملات المدنية وكذلك التجارية.

ومع تطور العصر، ازدادت الحاجة إلى الخدمات التي يقدمها السماسرة كوسطاء- سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين- إلى درجة أن مهنتهم شهدت نوعا من التخصص في أنشطة معينة، بل وتم تقييد مباشرة البعض منها من قبل فئة تحترف التوسط فيه بالذات بشروط محددة[813].

وكنظرائه في دول أخرى، عمل المشرع المغربي على تنظيم السمسرة، بداية بناء على القانون التجاري الصادر بتاريخ 12 غشت 1913، ثم وضع لاحقا قوانين أخرى منها قانون بشأن السمسرة في البضائع[814] وآخر حول السمسرة في الميدان البحري[815] وكذا في

811- أنظر على سبيل الاستئناس:
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 434.

812- فعلى سبيل المثال، نجد المشرع الأردني مازال يطبق حاليا قانون الدلالين والسماسرة العثماني رقم 950 لسنة 1900، إلى جانب قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم 28 لسنة 2001.

813- يتضح من المادتين 34 و36 من الظهير الشريف الصادر في 21 شتنبر 1993 أنه من بين المهام الموكولة لشركات البورصة كوسيط مالي في القانون المغربي مهمة السمسرة في الأوراق المالية المقيدة في بورصة القيم بحيث لا يسمح لغيره بالتعامل فيها.

814- نظمت الوساطة في بيع البضائع المطروحة للمزاد العلني بظهير 15 أبريل 1924.

Scanné avec CamScanner

التأمين[816] علاوة على تأطيره للوساطة التي يباشرها سماسرة البورصة، أو بالأحرى شركات البورصة[817]. وفي فاتح غشت 1996

815- صدر بخصوص مهنة السمسرة البحرية- التي تتناول الوساطة في تأجير السفن وبيعها وكذا التأمين- ظهير 12 يوليوز 1953 بشأن السمسرة الخاصة بالشؤون البحرية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2132 بتاريخ 4 شتنبر 1953. ص 3020.

816- كان ظهير 9 أكتوبر 1977- قبل إلغائه - يشكل النظام الأساسي لوسطاء وسماسرة التأمين.
مشار إليه لدى:
- عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل. الطبعة الثالثة. سنة 2001. ص 101.
والملاحظ أن الظهير الشريف رقم 1.02.238 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، يشمل بين طياته عددا من المفاهيم "كوسطاء التأمين" و"سعاة التأمين" و"وكلاء التأمين" و"شركة السمسرة" -وغير ذلك- التي ارتأينا تحديد مفادها رفعا لكل التباس:
فالعمليات التي تمارسها مقاولات التأمين وإعادة التأمين، تعرض على العموم إما مباشرة من قبلها، أو بواسطة أشخاص مخول لهم القيام بذلك، يدعون وسطاء التأمين.
ويعتبر وسيطا للتأمين في منطوق هذا الظهير، كل شخص معتمد من طرف الإدارة كوكيل التأمين- سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا- أو كشركة سمسرة.
ويمكن لوسيط التأمين، أن يرخص لأشخاص طبيعيين يطلق عليهم سعاة التأمين- بصفتهم هاته لا كوسطاء التأمين- بأن يقدموا لحسابه وتحت مسؤوليته عمليات التأمين المذكورة في المادتين 159 و 160.
كما يجوز لوكيل التأمين، وهو الشخص الذي ينوب عن مقاولة التأمين وإعادة التأمين، في عرض العمليات المبنية في المادتين أعلاه على العموم، أن يمثل اثنتين منهما، بشرط أن يحصل على موافقة من أبرم معها أول اتفاق تعيين، ذلك الاتفاق الذي يجب أن يحدد نطاق وطبيعة العمليات التي يقوم بها الوكيل لحساب مقاولة أو مقاولتي التأمين وإعادة التأمين.
أما شركة السمسرة- التي ينبغي أن تتخذ شكل شركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة- فهي شركة تمثل زبناءها لدى مقاولات التأمين وإعادة التأمين، فيما يتعلق بإسناد تغطية الأخطار، وكذا في الحالة التي تسمح لها مقاولة التأمين أو إعادة

Scanné avec CamScanner

التأمين بتحصيل أقساط التأمين لفائدتها. غير أنه لا يجوز لها تسديد تعويضات الحوادث لحساب المقاولات المومأ إليها بناء على توكيل خاص.

راجع في هذا الشأن: الفقرة الأولى من المادتين 289 و290. والمواد من 291 إلى 293. والفقرة الأولى من المادة 297. والمادة 298. ثم الفقرة الأولى من المادة 299.

817- إن البورصة عبارة عن مكان يتجمع فيه عادة الصيارفة والتجار والسماسرة وغيرهم، تحت إشراف وترخيص الدولة أو هي بعبارة أخرى، سوق مالية منظمة تحكمها قوانين خاصة وتقاليد راسخة، بل إنها أهم مؤسسة مالية اعتبارا للتأثير الذي تمارسه على اقتصاد الدول صعودا وهبوطا، والدور الذي تلعبه في تعبئة الموارد وتوجيه الاستثمار وتمويل المشاريع، ناهيك عن أنها تتولى مهمة السمسرة في الأوراق المالية.

وبتعبير آخر، فإن شركات البورصة تعد من مهنيي السوق المالي، بحيث تتولى تقديم الخدمات المرتبطة بالاستثمار في القيم المنقولة بوجه عام، وتلعب لزوما دور الوسيط في التعامل في البورصة، الذي حل محل الوسطاء التقليديين كأحد الأعمدة في تنظيم وهيكلة السوق المالي المغربي.

ومن المعلوم، أن بورصة نيويورك أو "وول ستريت" تعد من أقدم البورصات، إذ تدير كافة الاقتصاد الأمريكي، ويمثل مؤشر "داو جونز" لديها الشركات الكبرى في حين يمثل مؤشر "نازداك" قطاع التكنولوجيا والمعلوميات والاتصال.

وإلى جانبها، توجد بورصات أخرى ذات صيت عالمي، كبورصة طوكيو أو "كابوتوشو" وبورصة هونكونك، ولندن، وباريس، وفرانكفورت وغيرها.

أما عربيا فتحتل بورصة القاهرة المرتبة الأولى نظرا لقدمها وحنكتها في الميدان.

كما ينبغي ألا ننسى أنه ببلادنا تتمركز البورصة بمدينة الدار البيضاء.

للمزيد من التفصيل بخصوص شركات البورصة، راجع مثلا:

-أحمد أيت الطالب، التنظيم القانوني للسوق المالي المغربي: (البنيات والفاعلون) دراسة قانونية واستشرافية لهيكلة السوق المالي ولتدخلات الفاعلين فيه على ضوء آخر الإصلاحات، الطبعة الأولى، سنة 2006. من ص 188 إلى 236.

وقد نظم المشرع المغربي منذ تسعينيات القرن الماضي، بورصة القيم بموجب الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.211 الصادر في 21 شتنبر 1993- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4223 في 6 أكتوبر 1993. ص 1882- الذي جاء محتويا على 92 مادة، والذي نسخ بموجب الظهير الشريف رقم 1.16.151 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 19.14 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي.

خرجت إلى الوجود مدونة التجارة الجديدة، التي خصت عقد السمسرة بمجموعة من المواد – أي من 405 إلى 421– ضمن كتابها الرابع، بعد أن قضت في البند التاسع من المادة السادسة منها بأنه:

"مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

1-.............

و-السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة".

ولا تفوتنا الإشارة، إلى أن بورصة القيم عبارة عن سوق تكون فيها الأدوات المالية – من سندات وأسهم وغيرها–محل تداول عام، وتتمتع بالامتياز في إدارتها شركة مساهمة تحدث لهذا الغرض، يطلق عليها "الشركة المسيرة".

وحتى تتمكن شركات البورصة من تحقيق هدفها الأساسي الذي يكمن في إبرام المعاملات المتعلقة بالأدوات المالية، لابد أن تحصل سلفا على رخصة اعتماد تسلم من طرف الوزير المكلف بالمالية بعد استطلاع رأي الهيئة المغربية لسوق الرساميل، على أن تقدم ضمانات كافية، لاسيما فيما يتعلق بتنظيمها ووسائلها التقنية والمالية وتجربة مسيريها.

ويترتب على المعاملات المبرمة بواسطتها، صرف عمولة سمسرة لفائدتها، يعين حدها الأقصى الوزير المكلف بالمالية بناء على اقتراح من الهيئة المغربية لسوق الرساميل.

هذا، ويعهد إلى الهيئة المذكورة بمراقبة شركات البورصة، إذ يجوز له أن يوجه إليها تحذيرا فيما لو أخلت بأعراف المهنة، أو أمرا لاتخاذ جميع التدابير الرامية إلى إعادة إقرار توازنها المالي أو تصحيح مناهج إدارتها إذا ما تطلبت وضعيتها ذلك.

أما "صندوق الضمان" –الذي تسيره هذه الهيئة– فيتكفل بمنح التعويضات المستحقة لعملاء شركات البورصة المعلن عن تصفيتها.

كما يتعين على كل شركة من شركات البورصة معتمدة بصورة قانونية، أن تنضم إلى جمعية مهنية تسمى "الجمعية المهنية لشركات البورصة" التي تسري عليها أحكام الظهير الشريف الصادر بتاريخ 15 نونبر 1958 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات.

وفي معرض دراستنا لعقد السمسرة، ارتأينا أن نسلط الضوء على أمهات المسائل فيه، وذلك انطلاقا من الوقوف عند ماهيته وتكوينه مرورا بالآثار القانونية التي تترتب عليه، وانتهاء باستجلاء أسباب انقضائه، تباعا على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: ماهية السمسرة

يتميز عقد السمسرة من حيث مفهومه وخصائصه وعلاقته بعقود الوساطة التجارية الأخرى، وتلكم بعض الجوانب التي تتحدد من خلالها ماهية هذا العقد الذي يبرز فيه السمسار كتاجر يكتسب هذه الصفة بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للسمسرة، بحيث يكمن دوره أساسا في السعي إلى التقريب بين وجهات نظر طرفي العقد، ويقدم كل ما لديه من معلومات من شأنها أن تسعف في إبرامه، وذلك لقاء أجرة أو عمولة.

وهو لا يعتبر وكيلا عن أي منهما، لأن الأعمال التي ينجزها هي مجرد أعمال مادية لا تسمح بأن يوقع على العقد بوصفه طرفا فيه كما أنه يقوم بمهمته لفائدة أحدهما أو كليهما دون أن يكون مرتبطا بعلاقة عمل مع أي منهما.

أولا: تعريف عقد السمسرة

تطلق السمسرة في اللغة على حرفة السمسار، وكذا على أجرته[818] أما في التشريع، فإنه على الرغم من الاختلاف في صياغة تعريف عقد السمسرة، إلا أن مفاده يظل واحدا، بحيث يتمحور حول توسط السمسار في التقريب بين وجهات النظر وقد ينتهي المطاف بالطرفين إلى الاتفاق على العقد من غير أن يكون طرفا أصليا فيه.

818- أنظر في هذا الصدد:
- مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، سنة 2004، ص 304.

وهكذا، عرفه المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 405 من مدونة التجارة بقوله:

"السمسرة عقد يكلف بموجبه السمسار من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد" في حين اكتفى في الفقرة الثانية منها بالتأكيد على أن علاقة السمسار بالمتعاقدين، تخضع للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة[819] في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة وفيما عدا ذلك تسري عليها المقتضيات المنصوص عليها في القسم الثالث من الكتاب الرابع من مدونة التجارة وبالتحديد في المواد من 406 إلى 421.

وهو تعريف أول ما أثار انتباهنا إليه، خلوه من ذكر المقابل أي "أجرة السمسار" شأنه في ذلك مثلا شأن التعريف الوارد في المادة 609 من المجلة التجارية التونسية، الذي يفيد بأن:

"السمسرة عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار بأن يسعى في البحث لربط الصلة بين شخص وشخص آخر لعقد اتفاق بينهما" على عكس العديد

819- صحيح أن المشرع أفرد الفصول من 759 إلى 780 من قانون الالتزامات والعقود للمقتضيات الخاصة بالإجارة على الصنع، إلا أن ما يهمنا هو الأحكام العامة التي أوردها في الباب الثاني من القسم الثالث من الكتاب الثاني من هذا الأخير- تحت عنوان: "إجارة الصنعة وإجارة الخدمة" - أي في الفصول من 723 المعدل والمتمم بظهير 18 دجنبر 1947 إلى 745 مكرر ثلاث مرات.
ويقصد بإجارة الصنعة، في مفهوم الفقرة الثانية من الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بظهير 18 دجنبر 1947:
"إجارة الصنعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له".
ويعتبر القانون بمثابة إجارة الصنعة حسبما ورد في الفصل 724 من قانون الالتزامات والعقود:
"العقد الذي يلتزم بمقتضاه الأشخاص الذي يباشرون المهن. بتقديم خدماتهم لزبنائهم، وكذلك الشأن بالنسبة إلى ...أرباب الحرف".

من القوانين التجارية الأخرى التي لم يفتها التنصيص على هذا العنصر[820].

ونرى أنه يمكن تعليل سكوت المشرع بأكثر من سبب منطقي، من ذلك أن السمسار يعد وفقا لمدونة التجارة تاجرا يباشر عمله المتمثل في الوساطة على وجه الاعتياد أو الاحتراف وبالتالي، فإنه لا يستساغ افتراض مجانيته.

ثم إنه تدارك الأمر في النصوص الموالية حيث تطرق فيها إلى حالات استحقاق وعدم استحقاق السمسار لأجرته، وكذا إلى تحديد مقدارها والطرف المكلف أصلا بدفعها[821].

820- من تلك القوانين التي استقر عليها اختيارنا بهدف تقريب مفاد هذا العقد قدر الإمكان -الذي يحظى بممارسة جد نشيطة في حياتنا، بفعل الدور الذي يلعبه في تسهيل إبرام الصفقات وتداول الثروات- هناك القانون التجاري الأردني، الذي ينص - في الفقرة 1 من المادة 99 منه- على أن:

"السمسرة عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار، بأن يرشد الفريق الآخر إلى فرصة لعقد اتفاق ما، أو أن يكون له وسيطا في مفاوضات التعاقد، وذلك مقابل أجر".

والقانون التجاري اللبناني، الذي لا يختلف عنه من حيث صياغة النص، إذ يقضي- في المادة 291 منه- بأن:

"السمسرة عقد يلتزم به فريق يسمى السمسار، بأن يرشد الفريق الآخر إلى واسطة لعقد ما، أو أن يكون هو وسيطا له في مفاوضات التعاقد، مقابل أجر".

وقانون التجارة العماني، الذي يعبر عنه-في المادة 323 منه- بقوله:

"السمسرة عقد يتعهد بموجبه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين في مقابل أجر".

والقانون السويسري، الذي جعل قواعد الوكالة واجبة التطبيق بوجه عام على عقد السمسرة حيث ذهب - في المادة 412 منه- إلى أن:

"السمسرة هي عقد يلتزم بمقتضاه السمسار بأن يتيح للطرف المتعاقد فرصة التعاقد مقابل أجرة، أو التوسط في إجراء مفاوضات تحقيق هذا الاتفاق وقواعد الوكالة تطبق بوجه عام على السمسرة".

821- راجع المواد: 413 ومن 415 إلى 419 من مدونة التجارة.

Scanné avec CamScanner

بل يمكن أيضا الاستناد إلى الإحالة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 405 بمعنى الركون إلى قانون الالتزامات والعقود الذي يقضي في الباب الذي تناول فيه بعض الأحكام العامة المتعلقة بإجارة الصنعة بأن:
"الاتفاق على الأجر يعتبر موجودا حتى ولو لم يصرح به، متى كانت الصنعة مما لم تجر العادة على أدائها مجانا، أو إذا كان الشخص بأدائه إياها يباشر مهنته، أو إذا تعلق الأمر بصفقة تجارية أو بعمل أداه التاجر في مباشرته لتجارته"[822].

هذا بالنسبة للتشريع، أما على مستوى الفقه، فيبدو من خلال الرجوع إلى العديد من كتابات رجال الفقه القانوني والباحثين في الموضوع أنهم رغم اختلاف المنطق الذي تحكم في تصورهم، إلا أنهم لم يحيدوا بمناسبة تحديدهم لمفهوم عقد السمسرة عن المقومات الداخلة في تكوينه، حيث اعتبروه عقدا أو اتفاقا يهدف السمسار بواسطته إلى التقريب بين شخصين غير متعارفين لإتاحة فرصة إبرام اتفاق بينهما أو البحث لأحد الأطراف عن طرف آخر للتعاقد معه، أو التوسط بينهما في مفاوضات التعاقد مقابل أجرة تكون في العادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة[823].

822- أنظر الفصل 732 منه.
823- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 168.
- عز الدين بنستي، مرجع سابق، ص 150 وص 151.
ويراد به لدى آخرين: "عملية توسط بين طرفي العقد مقابل عمولة غالبا ما تأتي في شكل نسبة مئوية من قيمة الصفقة".
- فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 100.
أو "عمل يقوم به شخص يسمى السمسار يهدف بواسطته التوسط بين شخصين لإبرام عقد بينهما، مقابل أجر يحصل عليه من المتعاقدين معه.
- فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص 95.
أنظر بخصوص تعريف عقد السمسرة كذلك:
- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 433.

وفيما يتعلق بالقضاء، فإنه يبدو من مجموعة من الأحكام القضائية الصادرة عن بعض المحاكم المغربية في موضوع السمسرة تتمحور إجمالا حول إثبات عقد السمسرة، وتحديد طبيعته القانونية، والفصل في مدى استحقاق السمسار لأجرته، وتعيين زمان ومكان إبرام العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط وما إلى ذلك، إلا أن من شأن وقفة متأنية عند محتوياها الكشف عن الصيغ الدالة على مفهوم السمسرة أو السمسار، ذلك المفهوم الذي لا يخرج عموما عن كون هذا الأخير "وسيط تبرم المعاملة بواسطته أو بسبب المعلومات التي يقدمها للمتعاقدين مقابل رسوم السمسرة"[824].

- سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، مرجع سابق، ص 214.
- محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 218.

824- أو هو "شخص ينحصر دوره في الوساطة في إبرام الصفقات بتقريب أطرافها ودفعها للتفاوض بخصوص المبيع وثمنه وشروط العقد الأخرى".

وأن السمسرة "عملية يقوم بها السمسار لفائدة الغير، تؤدي إلى إبرام عقد وذلك في مقابل أتعاب".

أو هي أيضا "عملية بمقتضاها يتوسط السمسار بتكليف من الغير، بالبحث له عن صفقة، مقابل واجب السمسرة".

أو "عملية يكلف بموجبها السمسار من لدن أحد الأطراف، بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة معه قصد إبرام عقد، في مقابل أجر".

أنظر في هذا الصدد:

1- الحكم المدني رقم 265 الصادر في 4 يونيو 1985. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 9. ص 46. الإصدار الرقمي. دجنبر سنة 2000.

2- القرار رقم 1568 الصادر بتاريخ 26 يونيو 1985. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 39. ص 35. الإصدار الرقمي. دجنبر سنة 2000.

3- القرار رقم 3704 الصادر في الملف المدني عدد 95.9.1.2484 بتاريخ 12 يونيو 1997. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العددان 53-54. ص 108. الإصدار الرقمي. دجنبر سنة 2000.

4- القرار رقم 1781 الصادر في الملف التجاري عدد 98.1.6.169 بتاريخ 15 نونبر 2000. المنشور بمجلة المحاكم المغربية. العدد 88 ص 115.

5- القرار رقم 259 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس في الملف عدد 07.1793 بتاريخ 14 فبراير 2008.

وعلى هذا الأساس، فإن مهمة السمسار، تحتم عليه ألا يتدخل في العلاقات القانونية التي تتم بين الزبون والطرف الآخر، ومن ثم فإنه لا يكون في حاجة إلى ضمانات خاصة كتلك المقررة للوكيل بالعمولة، بل إنه يختلف عن سائر الوسطاء التجاريين في كونهم يقومون بأعمال قانونية قد تصاحبها أعمال مادية، أما دوره فينحصر في إطار الأعمال المادية من أجل عقد الصفقة موضوع السمسرة، ولا يمتد إلى تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد، وهذا هو الأصل، غير أنه في بعض الحالات يكون ضامنا إبرام العقد-أي أنه سمسار ضامن- وهذا الضمان

أما فيما يخص قضاء بعض البلاد العربية، ومنه القضاء المصري، فنجد مثلا أن محكمة القاهرة كانت قد قضت في حكم لها بأن عقد السمسرة:

"عقد يلتزم السمسار بمقتضاه بأن يرشد الطرف الآخر إلى فرصة التعاقد سواء بإحضار طرف يقبل هذا التعاقد، أو بالمفاوضة للتوفيق بين الطرفين، وذلك مقابل تعهد المتعاقد مع السمسار بدفع أجر".

واعتبرت محكمة النقض السمسار:

"وكيل يكلفه أحد المتعاقدين بالتوسط لدى المتعاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما بأجر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق ضمني يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وساطته بإبرام عقد الصفقة على يديه.

وليس يمنع عنه هذا الأجر الذي استحقه بتمام العقد، أن يفسخ العقد فيما بعد".

كما ذهبت إلى أن:

"عمل السمسار يقتصر على التقريب بين شخصين لإتمام الصفقة، دون أن يكون له شأن فيما يتم التعاقد عليه، فهو لا يمثل أحد المتعاقدين، ولا يوقع على العقد بوصفه طرفا فيه".

وجاء في أحد الطعون أيضا، أن:

"السمسار ليس بوكيل عادي ولا بوكيل بعمولة، ولا يتعاقد باسمه ولا باسم موكله، وينتهي عمله بمجرد إقناع الأطراف بإبرام العقد".

أورد الاجتهادات المشار إليها أعلاه:

-علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري: العقود التجارية. الأوراق التجارية. عمليات البنوك. الإفلاس. طبعة سنة 1982. ص 110 وهامشها.

وكذلك:

– الحسين البوعيسي، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في المادة التجارية. سلسلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي. العدد 4. الطبعة الأولى، سنة 2004. ص 100.

لا يفترض، وإنما يجب أن يتم التنصيص عليه صراحة في هذا الأخير أو في نص القانون، أو تؤكده ظروف التعاقد، أو يجري عليه العرف التجاري.

ولا تفوتنا الإشارة في هذا المقام، إلى أنه إذا كان من الجائز في المعتاد من الأحوال، أن يكلف الزبون السمسار بالبحث عن شخص آخر وربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد ما، إلا أن بعض المهن القانونية لا تجيز ذلك لا لمخالفته للنظام العام والآداب العامة، وإنما لكونه يتنافى مع السلوك الحسن ومبادئ الأمانة التي تفرضها أنظمة المهنة وشرفها تقاليدها، مما يرتب المساءلة التأديبية، كما هو الأمر مثلا بالنسبة لمهنة المحاماة وخطة العدالة[825].

ثانيا: خصائص عقد السمسرة

تعتبر السمسرة وفق ما تقدم بيانه عقدا من عقود الوساطة التجارية قوامه تكليف السمسار من قبل الزبون بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد ما -قد يكون بيعا أو إيجارا أو غيرهما- في مقابل أجرة يحصل عليها فيما لو تم إبرام العقد الذي توسط فيه، أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للأطراف.

825- فقد جاء في الفقرة 1 من المادة 35 من الظهير الشريف رقم 1.08.101 الصادر في 20 أكتوبر2008 بتنفيذ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة – المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 6 نونبر 2008. ص 4044 كما تم تعديله وتتميمه بمقتضى استدراك الأخطاء المنشورة بالجريدة الرسمية عدد 5687 بتاريخ فاتح دجنبر 2008، ص 4409- أنه:
"لا يجوز للمحامي أن يمارس اي عمل يستهدف جلب الأشخاص واستمالتهم ولا أن يقوم بأي إشهار كيفما كانت وسيلته".
وهو نفس المقتضى الذي ورد في المادة 24 من الظهير الشريف رقم 1.06.56 الصادر في 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ 2 مارس 2006، ص 566.

Scanné avec CamScanner

وهو كسائر العقود يتسم بمجموعة من الخصائص يستقل بالبعض منها، ويشترك معها في البعض الآخر، منها أنه عقد رضائي، باعتبار أن المشرع لم يستلزم لإبرامه شكلا معينا، بل يكفي فيه تطابق الإيجاب والقبول، ويبقى عقدا رضائيا ولو تطلب القانون الكتابة لإثباته، لكن هذا لا يمنع من أن يكون عقدا شكليا إما بنص القانون أو باتفاق الأطراف.

وهو يدخل في خانة عقود المعاوضة، إذ أن كل طرف يتلقى مقابلا لما أعطاه، وهو الأجرة أو العمولة بالنسبة للسمسار لقاء سعيه وبذل جهده في التقريب بين أطراف العقد، وحصول العميل على قبول من أجل إبرام العقد من لدن الطرف الآخر.

فضلا عن أنه عقد ملزم للجانبين، بحيث إنه يرتب التزامات متبادلة في ذمة السمسار الذي يكلف بالبحث عن شخص يتعاقد مع من وسطه، والزبون الذي يلتزم بدفع مستحقات السمسرة.

وعلاوة على ذلك، فإن لعقد السمسرة خصائص أخرى لعل أبرزها أنه من عقود الوساطة، إذ ينضاف إلى كل من عقد الوكالة بالعمولة[826] والوكالة التجارية ليؤلف معهما عقود الوساطة التجارية والغرض منه تسهيل عملية التعاقد بين شخصين أي الزبون والمتعاقد الآخر، عن طريق السمسار الذي لا تربطه أية علاقة تبعية بزبونه والذي لا يضمن مبدئيا تنفيذ العقد، بل إن مهمته تنتهي ويستحق أجرته إذا تم إبرام العقد الذي توسط فيه، أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للأطراف.

وهو يدخل في عداد العقود التجارية أيا كانت طبيعة العملية موضوع العقد الذي يتوسط فيه السمسار، أي سواء كانت مرتبطة بعمل مدني أو تجاري[827] ذلك أن المشرع اعتبر[828] "السمسرة والوكالة

826- وذلك بنص البند 9 من المادة 6 من مدونة التجارة.

827- الشيء الذي كان قد أكده المجلس الأعلى في قرار قديم له ذاهبا إلى أن: "السمسرة من الأعمال التجارية الأصلية ولو تعلقت ببيع عقار".

Scanné avec CamScanner

بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة" أنشطة تجارية دون أي تقييد بالنسبة لطبيعة العملية، ومن ثم، فإن عقد السمسرة يكون دائما عملا تجاريا بالنسبة للسمسار، أما بالنسبة للعميل فقد يكون تجاريا أو مدنيا بحسب طبيعة الصفقة المراد إبرامها[829].

وفي الحالة التي يكون فيها عقد السمسرة تجاريا بالنسبة لأحد الأطراف ومدنيا في مواجهة الآخر، تطبق[830] قواعد القانون التجاري في حق الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن أن تسري على من كان العمل بالنسبة إليه مدنيا ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك.

كما يقوم عقد السمسرة على الاعتبار الشخصي، بمعنى أن الزبون لا يكلف إلا الشخص الذي تتوفر فيه مواصفات معينة -خلقية وحرفية- تؤهله لأداء المهمة المنوطة به على أحسن وجه ممكن وتعزز ثقته به.

وما دامت السمسرة كغيرها من الأعمال التجارية ترتكز على الثقة، فإنه ينبني على ذلك أن عدم توفر الأمانة والاستقامة وعدم الملاءة المالية للسمسار، من شأنه أن يؤدي إلى زعزعة الاستقرار الذي يتعين أن يطبع البيئة التجارية.

كذلك من بين العناصر المميزة له، استقلال السمسار في قيامه بعمله، أي أنه لا يكون تابعا للعميل، وإذا كان يتلقى منه تعليمات وتوجيهات، فإنها لا ترقى إلى درجة التبعية الموجودة في عقد الشغل بين العامل ورب العمل.

أنظر: قرار المجلس الأعلى رقم 1568 الصادر بتاريخ 26 يونيو 1985. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 39، الإصدار الرقمي، دجنبر 2000، ص 36.

828- في نفس البند المومأ إليها أعلاه.

829- أنظر في هذا الصدد:
- مصطفى كمال طه وعلي البارودي، مرجع سابق، ص 539.

830- حسبما تقيد به المادة 4 من مدونة التجارة.

ثالثا: تمييز عقد السمسرة عن بعض العقود المشابهة

لما نصت المادة السادسة من مدونة التجارة في بندها التاسع على أنه:

"مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب الصفة التجارية بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

1-...

9- السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة" فإنها تكون بذلك قد أبرزت الطبيعة القانونية لعقد السمسرة بوصفه عقدا تجاريا بصرف النظر عن العملية التي تكون محلا له، أي أنه يعد عقــدا تجاريا متى تمت ممارسة عمل السمسرة على وجه الاعتياد أو الاحتراف.

وهو عقد يلتقي في بعض النواحي مع بعض العقود ويفترق عنها في أخرى:

ففي علاقته مثلا بعقد الوكالة التجارية، نجد أنه يلتقي معه في كونه أيضا من عقود الوساطة التجارية، غير أن هذا الأخير يختلف عنه من عدة أوجه، منها أن محله -على ما يظهر من محتوى الفقرة الأولى من المادة 393 من مدونة التجارة- يكون عبارة عن أشرية أو بيوعات أو بصفة عامة جميع العمليات التجارية، وأن الوكيل التجاري يجري تصرفا قانونيا باسم ولحساب موكله يتمثل في التفاوض أو التعاقد بخصوص ما ذكر أعلاه، أما السمسار الذي يكلف من قبل من وسطه بعمل مادي يتحدد في التقريب بين هذا الأخير والغير من أجل إبرام عقد معه، فإنه قد يتوسط في معاملات تجارية أو مدنية دون أن يؤثر ذلك على الطبيعة التجارية لعقد السمسرة.

وعلى الرغم من أن السمسرة والوكالة بالعمولة ينضويان تحت تصنيف عقود الوساطة التجارية، إلا أنهما يفترقان في الكثير من الجوانب من بينها مثلا أن عقد الوكالة بالعمولة الذي يلتزم بموجبه

الوكيل بالعمولة بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله في مقابل أجرة" تسري عليه فضلا عن المقتضيات المتعلقة به الواردة في مدونة التجارة، تلك التي تخضع لها الوكالة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود[831] على عكس عقد السمسرة الذي تحكمه كما هو معلوم المبادئ العامة لعقد إجارة الصنعة المضمنة في هذا الأخير في كل ما يمكن تطبيقه عليه، علاوة على تلك الخاصة به التي جاءت بها مدونة التجارة[832].

وإذا كان الوكيل بالعمولة يستحق الأجرة بمجرد إبرام العقد مع الغير[833] فإن السمسار يستحقها مبدئيا إذا تم إبرام العقد الذي توسط فيه أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للأطراف[834] ولما كان الأول يقوم باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله، مما يجعل آثار العقد تنصرف إليه فيكتسب سائر الحقوق الناتجة عنه والالتزامات المترتبة عليه في مواجهة الأشخاص الذين تعاقد معهم[835] فإن دور السمسار كوسيط يقتصر على البحث فقط عن شخص لربط علاقة بينه وبين من وسطه من أجل إبرام عقد[836] ولا يكون طرفا فيه حتى تنسحب إليه آثاره.

ثم إنه إذا كان محل التزام الأجير يماثل محل التزام السمسار في كونه عبارة عن أداء عمل معين، فإن الأول يرتبط فيه بعلاقة تبعية مع مشغله، بعكس الثاني الذي رغم تلقيه تعليمات وتوجيهات من عميله لا يكون تابعا له.

831- الشيء الذي تفيد به المادة 422 من مدونة التجارة.
832- حسبما تنص عليه المادة 405 من نفس المدونة.
833- عملا بمقتضى الفقرة 1 من المادة 424 منها.
834- تبعا لما ورد في الفقرة 1 من المادة 415 منها.
835- أنظر في ذلك الفقرة 1 من المادة 422 والفقرة 1 من المادة 423 من نفس المدونة.
836- كما يظهر من مضمون الفقرة 1 من المادة 405 منها.

الفقرة الثانية: تكوين عقد السمسرة

على غرار بقية العقود، يجب لقيام عقد السمسرة وتمامه استيفاءه لعناصر وجود وصحة، تلك العناصر التي ذكرها المشرع المغربي في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود قائلا:

"الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام؛

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛

3- شيء محقق يصلح أن يكون محلا للالتزام؛

4- سبب مشروع للالتزام".

هذه إذن هي الأركان التي تتأسس عليها عادة العقود، على أن البعض منها يستلزم علاوة على ذلك، إما الشكلية بالنسبة للعقود الشكلية أو التسليم بالنسبة للعقود العينية.

وبما أن المشرع لم يفرد في إطار مدونة التجارة مقتضيات تخص هذا الموضوع، باستثناء ما يتعلق بالأهلية التجارية[837] فإنه لا يسعنا سوى الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم تكوين العقود المكرسة في قانون الالتزامات والعقود.

وعليه، فإنه لا بد من وجود الرضى لدى المتعاقدين وأن ينصب توافقهما على محل وأن يرتكز تعاقدهما على سبب، وفقا للشروط التي يتطلبها القانون في كل عنصر من هذه العناصر، علاوة على أن يكون الرضى صحيحا بصدوره من ذي أهلية وخلوه من العيوب التي يمكن أن تشوبه.

837- المنصوص عليها في المواد من 12 إلى 17 من مدونة التجارة.
ومن المعلوم، أنه لا يكفي لاكتساب الشخص صفة تاجر أن يزاول الأعمال التجارية ويتخذها حرفة له، وإنما لا بد أن تتوفر لديه الأهلية التجارية وهي صلاحية الشخص لممارسة حرفة تجارية تستوجب خضوعه للالتزامات التي يفرضها القانون على التجار.

أولا: الرضى في عقد السمسرة

يعد عقد السمسرة من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها طبقًا للقواعد العامة[838] توفر إرادتين، أي صدور قبول مطابق للإيجاب واقترانه به، دون توقفه على شكلية معينة.

وفي العقد موضوع دراستنا، يجب أن يحصل التوافق بين إرادتي العميل والسمسار على إحداث أثر قانوني هو السعي للبحث لفائدته عن شخص كي يتعاقد معه نظير أجرة يؤديها له، وذلك عن طريق صدور إيجاب يتضمن عرضا يوجهه الأول إلى الثاني وصدور قبول من هذا الأخير.

أما عن كيفية التعبير عن إرادتيهما، فإنها تكون وفق الطرق المألوفة، أي صراحة أو ضمنا[839] بل إن السكوت قد يرقى في حالات معينة إلى درجة القبول[840] شريطة أن يقترن القبول بالإيجاب -حينما يكون قائما ولم يسقط- إما في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو الفاكس أو ما إليهما من وسائل الاتصال.

وتأكيدا للنظرية التي أخذ بها المشرع المغربي في مجال التعاقد بين غائبين بصورة عامة، أي نظرية إعلان القبول[841] القائلة بأن العقد

838- في معرض تعريفه لإجارة الصنعة -في الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بظهير 18 دجنبر 1947، نص المشرع- في الفقرة الثالثة منه- على أن هذا العقد يتم بتراضي الطرفين.

839- للمزيد من الإيضاح والتفصيل بخصوص وسائل التعبير عن الإرادة، راجع مثلا:

- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات: الكتاب الأول، نظرية العقد: دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود، الطبعة الثانية سنة 2005. من ص 53 إلى 92.

840- أنظر كلا من الفصل 25 و38 من قانون الالتزامات والعقود.

841- تبنى المشرع المغربي هذه النظرية وكرسها في الفصل 24 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

يعتبر تاما بمجرد التصريح بالقبول والإعلان عنه، فإن المجلس الأعلى كان قد ذهب في قرار له[842] إلى أن:

"الفصل24 من قانون الالتزامات والعقود يعتبر العقد قائما بمجرد توصل الوسيط بالرد بحيث لا داعي لعلم الموجب بهذا القبول إلا من باب الإخبار به داخل المهلة المعقولة، واعتبر رد القابل قد حصل داخل الأجل الذي حدده الموجب بالرغم من توصل السمسار بالقبول داخل الأجل الملزم دون الموجب الأصلي".

وحتى يكون الرضى صحيحا، ينبغي أن يصدر من ذي أهلية وأن يكون سليما خاليا من أي عيب من العيوب المعروفة في تشريعنا والمراد بالأهلية، صلاحية الشخص لأن تترتب له وعليه حقوق والتزامات، بل وأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية، وهي تكون إما أن أهلية وجوب أو أهلية أداء[843].

842- أنظر قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 25 يونيو 1969. المنشور بمجلة القضاء والقانون. العدد 102. أكتوبر سنة 1969. ص 49. والمنشور أيضا بمجلة قضاء المجلس الأعلى -الإصدار الرقمي دجنبر 2000. العدد 11. مركز النشر والتوثيق القضائي. ص 29- حيث جاء بالصيغة الآتية:

"ينص الفصل 29 من قانون الالتزامات والعقود على أن من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول يبقى ملتزما تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد.

وينص الفصل 24 من نفس القانون على أن العقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط، يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله.

ولهذا تكون محكمة الموضوع قد خرقت الفصلين المذكورين بسوء تطبيقها لهما عندما رفضت التصريح بصحة البيع رغم أنه ثبت لديها توصل الوسيط بقبول عرض البيع خلال الأجل القانوني".

843- أنظر المادتان 206 و207 من الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر في 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 4 فبراير 2004. ص 8.

وبما أن عقد السمسرة يعتبر من قبيل العقود التجارية، فإن الأهلية المقصودة هنا هي الأهلية التجارية اللازمة لممارسة الأنشطة التجارية التي خصها المشرع بمقتضيات أدرجها بين دفتي مدونة التجارة، لاسيما في المواد من 12 إلى 17 منها[844] لكن دون أن ننسى أيضا القواعد المقررة في مدونة الأسرة[845] وكذا في قانون الالتزامات والعقود[846] والتي على ضوئها يمكن القول -باختصار- إن الأصل في الشخص الطبيعي هو كمال أهليته ببلوغه سن الرشد القانوني -وهو ثمانية عشر سنة شمسية كاملة- ولم يثبت سبب من أسباب نقصانها أو انعدامها، حيث يحق له ممارسة الأنشطة التجارية ويتحمل ما ينتج عنها من حقوق والتزامات؛ علما أنه يجوز الإذن بالاتجار للقاصر- سواء كان مغربيا أو أجنبيا- وللوصي أو المقدم باستثمار أمواله في الحدود التي يسمح بها القانون وتقييد هذا الإذن في السجل التجاري[847].

844- نص المشرع صراحة في المادة 12 أعلاه على أنه:
"تخضع الأهلية لقواعد الأحوال الشخصية مع مراعاة الأحكام التالية".

845- بالضبط في الكتاب الرابع منها تحت عنوان:" الأهلية والنيابة الشرعية" الذي وزعه المشرع على المواد 206 إلى 276.

846- ونقصد الفصول من 3 إلى 13 منه.
وفيما يتعلق بعقد إجارة الصنعة الذي أحالت عليه مدونة التجارة، ينص الفصل 725 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:
"إجارة الصنعة وإجارة الخدمة لا تقعان صحيحتين إلا إذا كان عاقداهما متمتعين بأهلية الالتزام. وتجب مساعدة المحجور عليه والقاصر ممن له الولاية عليهما".

847- هذا عن أهلية الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي، فتتحدد أهليته بالغرض الذي أنشئ من أجله، إذ لا يكون صالحا لاكتساب الحقوق أو التحمل بالالتزامات اللازم الذي يحقق الغرض المذكور.
وعليه، فإن الشخص المعنوي يتمتع بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في النطاق الذي قرره القانون، كما تكون له أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون - على حد تعبير المشرع المصري في البند الثاني من الفقرة الأولى من المادة 53 من القانون المدني- ومن تلك الحقوق، ممارسته الأنشطة التجارية، متى كانت الغاية من تأسيسه القيام بها حيث يكتسب على إثر ذلك صفة تاجر وما يرتبط بها من حقوق والتزامات.

Scanné avec CamScanner

فالسمسار إذن ينبغي أن يكون أهلا لمباشرة السمسرة حسب القواعد والضوابط القانونية وأن يتوسط لدى من يكلفه بذلك دون أن تكون إرادته معيبة بعيب ما من عيوب الرضى[848].

ثانيا: المحل والسبب في عقد السمسرة

من المعلوم، أنه لا يستقيم وجود أي عقد إلا بتوفر محل يضاف إليه فيشكل من ثم موضوعه أي العملية القانونية المراد تحقيقها.
وعقد السمسرة كغيره من العقود يجب أن يكون له محل يشترط فيه وفقا للقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود[849] أن يكون موجودا أو قابلا للوجود في المستقبل، وأن يكون ممكنا لا مستحيلا بحسب طبيعته أو بحكم القانون، وأن يكون مشروعا أي داخلا في دائرة التعامل، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، تحت طائلة بطلان العقد إذا تخلف شرط من هذه الشروط.

ويتمثل المحل في هذا العقد، في العملية التي كلف السمسار بالتوسط فيها، والتي قد تكون بيعا أو شراء أو إيجارا أو غيرها من العمليات التي ينبغي أن يتم التقيد فيها بما تفرضه مبادئ القانون والنظام العام والآداب العامة.

ونظرا للأهمية التي يكتسيها شرط مشروعية المحل[850] من بين تلك الشروط، فإن مدونة التجارة جاءت بمقتضى[851] في إطار المادة 417 منها أكدت فيه أنه:

والجدير بالإشارة، أن نظام الدلالين والسماسرة العثماني، يستوجب ألا يقل عمر السمسار أو الدلال عن عشرين سنة، وأن يكون من ذوي الأمانة والعفة والاستقامة، غير محكوم بجلحة أو جناية ما، وأن يدلي بشهادة إلى غرفة التجارة بحسن حاله مسلمة إليه من طرف تاجرين معروفين.

848- تناول المشرع المغربي عيوب الرضى في الفصول من 39 إلى 56 من قانون الالتزامات والعقود.

849- وعلى وجه التحديد في الفصول من 57 إلى 61 منه.

850- لقد عبر عنه المشرع بقوله:

"إذا توسط السمسار عن علم في عمل غير مشروع فلا أجرة له".

هذا بإيجاز عن المحل في عقد السمسرة، أما بالنسبة للسبب الذي نظمه المشرع في قانون الالتزامات والعقود[852] -والذي يختلف المقصود به تبعا لاختلاف مواقف رجال الفقه القانوني المغربي التي تتوزع بين من يرى أنه السبب المباشر الذي يهدف إليه المتعاقد من جهة، ومن يذهب إلى أنه الباعث الدافع إلى التعاقد من جهة أخرى، فإنه يتطلب فيه أن يكون موجودا وحقيقيا ومشروعا، بحيث إذا انتفى أي شرط من هذه الشروط يبطل العقد لانهيار ركن من أركان وجوده وبطبيعة الحال ينطبق الأمر على عقد السمسرة أيضا الذي يكون سبب التزام السمسار فيه بالبحث عن متعاقد يرتضي التعاقد مع من كلفه، هو الحصول على الأجرة أو العمولة، في حين يكون سبب التزام الزبون بدفعها هو بذل السمسار جهده لربط علاقة بينه وبين الغير الذي يقبل التعاقد معه وفقا للشروط التي وضعها.

"الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها".

851- مثلها في ذلك مثل قانون الالتزامات والعقود الذي نص في الباب المتعلق بالأحكام العامة لإجارة الصنعة وإجارة الخدمة خاصة في الفصل 729 منه على أنه:

"يبطل كل اتفاق يكون موضوعه:

أ...القيام بأعمال مخالفة للقانون أو للأخلاق الحميدة أو للنظام العام.

ب- القيام بأعمال مستحيلة ماديا.

852- وذلك في الفصول من 62 إلى 65 منه.

Scanné avec CamScanner

الفقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد السمسرة

يتسم عقد السمسرة بخاصية التبادل والتقابل في الأداءات، إذ ما يعتبر حقوقا لأحد الطرفين يشكل التزامات بالنسبة للآخر.
وسنتطرق في هذا الجانب من الدراسة للالتزامات التي تنشأ عن عقد السمسرة، من ناحية، بالنسبة للسمسار، ومن ناحية أخرى، بالنسبة للزبون، وذلك تباعا على المنوال التالي:

أولا: التزامات السمسار

بادئ ذي بدء، لا بأس من الإشارة إلى أن السمسار، بما أنه يعد تاجرا يكتسب هذه الصفة بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للسمسرة فإن المنظومة التجارية تفرض عليه التزامات معينة كغيره من التجار منها مثلا ما جاء في القسم الرابع من الكتاب الأول من مدونة التجارة تحت عنوان "التزامات التاجر".

وبناء عليه، فإن في مقدمة ما يلقى على عاتقه، ضرورة أن يفتح -لأغراضه التجارية- حسابا في مؤسسة بنكية أو في مركز للشيكات البريدية[853] وأن يمسك محاسبة طبقا لأحكام القانون المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها[854] وأن يسجل اسمه في السجل التجاري[855] على أن يبين في فاتوراته ومراسلاته وأوراق الطلب والتعريفات والمنشورات وسائر الوثائق التجارية المعدة للأغيار، رقم التسجيل ومكانه في السجل التحليلي[856] وأن يرتب ويحفظ أصول المراسلات الواردة ونسخ المراسلات الصادرة لمدة عشر سنوات ابتداء

853- عملا بالمادة 18 من مدونة التجارة.

854- أنظر في هذا الصدد المواد من 19 إلى 25 من نفس المدونة.

855- حسبما تفيد به المادة 37 منها، علما أن المشرع أفرد الباب الثاني من القسم الرابع من الكتاب الأول من المدونة للشهر في السجل التجاري، حيث تناوله في المواد من 27 إلى 78 منها.

856- تبعا لما تفيد به الفقرة 1 من المادة 49 من مدونة التجارة.

Scanné avec CamScanner

من تاريخها[857] وبمعنى آخر، فإنه يلتزم بمسك دفاتر تسري عليها أحكام الدفاتر التجارية، بحيث ينبغي أن يقيد طيها سائر المعاملات التي أنجزها بسعيه، وأن يحفظ المستندات المتعلقة بها، لاسيما وأنها تؤلف وسيلة مهمة لإثبات حقوقه أمام القضاء في حالة ما إذا نشأ نزاع ما بشأنها.

وحسب الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من النظـام الأساسـي لغرف التجارة والصناعة والخدمات، فإنه يتعـين علـى السمسـار أن يحصل على بطاقة مهنية تسلمها له هذه الغرف، التي عهد إليها المشرع بموجب المادة الخامسة من نفس القانون بتأسـيس أو تسـيير مراكـز للأعمال والسمسرة ضمن دائرة نفوذهـا، شـريطة موافقـة السلطة الحكومية المختصة.

وعلى العموم، فإن التزامات السمسار التي سوف نتولى دراستها هي كالآتي:

1- تنفيذ السمسار للمهمة المكلف بها بنفسه

يقتصر عمل السمسار أساسا، على البحث عن شخص لربط علاقة بينه وبين من كلفه قصد إبرام عقد ما، أي التوسط بين شخصين يسعيان إلى التعاقد، حيث تنتهي مهمته بصفته هاته عند هذا الحد ويستحق تبعا لذلك أجرته فيما لو أدت المفاوضات التي أجراها بين الطرفين والمعلومات التي قدمها لهما إلى إبرام العقد.
لكن، لما كانت السمسرة حرفة يمتهنها السمسار، وجب عليه أن يبذل قصارى جهده في تنفيذ المهمة التي عهد بها إليه، وأن يوليها عناية المهني المتبصر.

857- وهو ما تنص عليه الفقرة 1 من المادة 26 من نفس المدونة.

وفي هذا السياق، يتعين عليه أن يضع رهن إشارة الطرفين معا - حتى ولو كان مكلفا من لدن أحدهما فقط[858] - خدماته بكل صدق وأمانة وحسن نية، وأن يطلعهما بكل دقة على الظروف المحيطة بالتنفيذ ليكونا على بينة من الأمر -باعتبار أن كل خطأ أو تدليس من جانبه يكون بمثابة إخلال بالتزامه التعاقدي ويعرضه بالتالي للمسؤولية[859]- وأن يزود كلا منهما بمعلومات حقيقية وصحيحة تخص المتعاقد الآخر لاسيما وأنه قد يكون لها تأثير على التعاقد، وإلا فإنه يسأل عند عدم تنفيذ العقد في حالة ما إذا لم يذكر لأحدهما اسم المتعاقد الآخر[860] كما يجب عليه أن يتحرى شخصية من يرشحه للزبون عن طريق التحقق من أهليته للتعاقد نظرا لأن المشرع جعله بصريح النص ضامنا هوية زبنائه[861] دون يسرهم[862] اللهم إذا كان هناك تدليس أو خطأ من جانبه[863].

858- قد يكلف عدة سماسرة بموجب عقد واحد، أو يكلف سمسار من قبل عدة أشخاص لإنجاز عمل مشترك بينهم، و في هذا الإطار، تنص المادة 420 من مدونة التجارة على أنه:
"إذا كلف عدة سماسرة بموجب عقد واحد يسألون على وجه التضامن عن تنفيذ عقد السمسرة ما لم يسمح لهم بالعمل على انفراد".
وتقضي المادة 421 منها بأنه:
"إذا كلف السمسار من طرف عدة أشخاص لإنجاز عمل مشترك بينهم، فإن كل واحد منهم ملزم إزاء السمسار على وجه التضامن مع الآخرين بجميع آثار عقد السمسرة".

859- وفق ما ورد في المادة 406 من نفس المدونة المشار إليه أعلاه.
أنظر أيضا في نفس المعنى الفصلان 737 و738 من قانون التزامات والعقود.

860- كما تفيد بذلك المادة 409 منها.

861- ونقصد المادة 411 من مدونة التجارة.

862- وذلك خلافا للمادة 103 من قانون التجارة الأردني، حيث جاء فيها أنه:
"لا يحق للسمسار أن يتوسط للأشخاص اشتهروا بعدم ملاءتهم أو يعلم بعدم أهليتهم".

863- وعلى حد تعبير المشرع في المادة 412 فإن السمسار:
"لا يضمن يسر زبنائه ولا تنفيذ العقود المبرمة بواسطته ولا قيمة أو نوعية الأشياء المتعاقد بشأنها، ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ ينسب إليه".

هذا، وعلى عكس الوكالة التجارية التي يمكن فيها للوكيل التجاري أن يبرم العملية شخصيا، أو بمساعدة أحد من الأغيار، فإن المشرع لم يدرج أي مقتضى في معرض تنظيمه لعقد السمسرة يرخص للسمسار بإنابة الغير عنه في قيامه بمهمته، وهو بهذا المسلك يختلف عن بعض التشريعات، كما هو الأمر مثلا بالنسبة لقانون التجارة المصري[864].

2- حفظ السمسار للوثائق والعينات

بصفته تاجرا، يلتزم السمسار بأن يقيد في دفاتره كافة المعاملات التي يجريها وتلك التي تمت نتيجة لمساعيه، وأن يحفظ الأوراق والأمتعة والوثائق والمستندات وغيرها مما تسلمه بمناسبة قيامه بمهمته على أن يردها لأصحابها عند انتهاء هذه الأخيرة لأنها تعتبر في حكم الوديعة بين يديه.

ومن ثم، فإنه كضامن لها وأمين عليها، لا يستطيع أن يدفع عنه المسؤولية عن ضياعها أو تعيبها ويطالب بتعويض المتعاقدين أو أحدهما عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك[865] إلا إذا أثبت أن

864- تنص المادة 204 من القانون رقم 17 لسنة 1999 المتعلق بإصدار قانون التجارة على:

"1- إذا أناب السمسار غيره في تنفيذ العمل المكلف به دون أن يكون مرخصا له في ذلك، كان مسؤولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه، ويكون السمسار ونائبه متضامنين في المسؤولية.

2- وإذا رخص للسمسار في إقامة نائب عنه دون أن يعين له شخص النائب، فلا يكون السمسار مسؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.

3- وفي جميع الأحوال يجوز لما فوض السمسار ولنائب السمسار أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر".

865- في إطار الأحكام العامة المتعلقة بإجارة الصنعة وإجارة الخدمة، تنص الفقرة 1 من الفصل 740 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:

السبب يعزى إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي[866] بل إنه يضمن أيضا صحة آخر توقيع وضع على الوثائق والمستندات المذكورة أعلاه، فيما لو كان لأحد المتعاقدين بواسطته[867].

وبتعبير آخر، فإن التزام السمسار هنا هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية بحيث يسأل عن ضياع أو تعيب ما تحت يده من وثائق وأمتعة، ما لم يثبت السبب الأجنبي كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة، وبما أن عقد السمسرة هو عقد تجاري بماهيته الذاتية، فإن إثباته يخضع لمبدأ حرية الإثبات، وعبء الإثبات يتحمله المدعي، أي من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو ظاهرا.

ومتى توسط السمسار في بيع سلعة ما على أساس عينة منها وجب عليه أن يحفظ هذه الأخيرة إلى حين أن تقبل السلعة بصورة نهائية أو إلى غاية تمام الصفقة، ما لم يعف من لدن المتعاقدين من ذلك عملا بمقتضى المادة 408 من مدونة التجارة[868].

ولعل الغاية من وراء هذا الالتزام تكمن في إتاحة الفرصة للمتعاقدين بالرجوع إلى العينة عند نشوء نزاع بينهما حول مطابقة

"أجير الخدمة وأجير الصنعة اللذان لا يقدمان إلا العمل، يلتزمان بالمحافظة على الأشياء التي تسلم لهما ...ويجب عليهما رد هذه الأشياء بعد أداء شغلهما. ويضمنان هلاكها أو تعيبها الحاصل بخطئهما".

866- طبقا لما تنص عليه المادة 407 من مدونة التجارة وذلك قياسا على المقتضى الوارد في الفصل 741 من قانون الالتزامات والعقود.

867- عملا بالمادة 410 من نفس المدونة المذكورة في الهامش السابق.

868- في نفس المعنى ما ذهب إليه المشرع الأردني في الفقرة 2 من المادة 104 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 بقوله:

"2- وفي البيوع بالعينة يجب عليه أن يحتفظ بالعينة إلى أن تتم العملية" أما المشرع المصري فكان أكثر مرونة إذ نص في الفقرة 2 من المادة 206 من قانون التجارة على أنه:

"2- في البيع بالعينة يجب على السمسار الاحتفاظ بالعينة ما لم تكن قابلة للتلف إلى أن يقبل المشتري البضاعة دون تحفظ أو تسري جميع المنازعات بشأنها.

Scanné avec CamScanner

السلعة للمواصفات المشروطة، غير أنه يحمل بين طياته في نفس الوقت تشديدا للمسؤولية الملقاة على عاتق السمسار والتي تبدأ من التقريب بين المتعاقدين في هذا النوع من البيوع -البيع بالعينة- إلى حين تنفيذ العقد خلافا للأصل ألا وهو اقتصار مهمته على البحث عن طرف آخر لربط العلاقة بينه وبين زبونه من أجل إبرام عقد ما.

3- عدم تعاقد السمسار لحسابه الشخصي

تفاديا لوقوع تعارض بين المصلحة الشخصية للسمسار في المعاملة ومصلحة المتعاقدين أو أحدهما، جاء المشرع بمقتضيات تصب في هذا المنحى، تضمنتها المادة 413 من مدونة التجارة[869] التي تنص على أنه:

"إذا كانت للسمسار بصرف النظر عن أجرته، مصلحة شخصية في الخدمة، وجب عليه تنفيذ الالتزام على وجه التضامن مع زبونه".

وكذا المادة 414 منها التي تفيد بأنه:

"إذا كانت للسمسار مصلحة شخصية في المعاملة، وجب عليه أن يخبر بذلك الأطراف المتعاقدين، وإلا تعرض لدفع تعويض عما يحدث لهم من ضرر".

وحسب رأينا، فإن هذه المقتضيات- ولو على قلتها- والتي قد يكون الهدف الأساسي من إقرارها الخشية من أن يقوم السمسار بتغليب مصلحته الخاصة على مصلحة أي من المتعاقدين معه تكرس، ليس فقط لمبدأ حسن النية- كواحد من القواعد القانونية العامة-الذي يفترض في سائر المعاملات[870] ولا للأمانة التي يتعين على الوسيط أن يتحلى بها كسلوك وكضابط لتصرفاته مع الغير، وإنما تؤسس بصورة عامة لأحد

869- وتقابلها في قانون التجارة المصري المادة 201 التي ورد فيها ما يلي:
"لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفا في العقد الذي يتوسط في إبرامه إلا إذا أجازه المتعاقد في ذلك، وفي هذه الحالة لا يستحق السمسار أي أجر".

870- تطبيقا للفصل 477 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

مظاهر "أخلاقيات الوساطة"، التي تستوعب كل العناصر التي من شأنها أن تكرس الثقة والاستقرار وتضمن عدم الفساد في مجال المعاملات.

وعليه، فإنه يجب على السمسار ألا يعمل على خلاف التزاماته بألا يسعى إلى ترجيح مصلحة على أخرى، بل عليه أن يتوسط بين المتعاقدين في ما عهد به إليه، إلى أن يصلا إلى اتفاق بينهما.

وقد كرس هذا المقتضى أيضا القانون رقم 19.14 المتعلق بورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي في المواد من 80 إلى 84 منه[871] باعتبار هذه الشركات -المؤهلة وحدها ودون غيرها لتنفيذ المعاملات التي تتعلق بالأدوات المالية المقيدة في جدول أسعار بورصة القيم- تلعب دور الوسيط لدى العملاء فيما يتعلق باقتناء أو تفويت أدوات مالية.

ثانيا: التزامات الزبون في عقد السمسرة

اعتبارا لكونه من العقود التبادلية، فإن عقد السمسرة يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه، تلكم الالتزامات التي تناولنا منها التزامات

871- حيث جاء فيها ما يلي:
- المادة 80: "لا يسمح لشركة البورصة بالعمل لحسابها الخاص إلا بعد تلبية أوامر عملائها"
-المادة 81: "إذا قامت شركات البورصة أثناء تنفيذ أوامر العملاء بالتدخل لحسابها الخاص بشكل كلي أو جزئي بواسطة عملية بيع أو شراء أو هما معا، وجب عليها أن تخبر بذلك مصدري الأوامر المعنيين".
- المادة 82: "لا يجوز لشركات البورصة أن تقوم لحسابها الخاص بشراء أو بيع السندات لعملائها عندما تتولى تدبير حساباتهم وتكون لها تبعا لذلك مبادرة إنجاز العمليات على الحسابات المذكورة.
- المادة 84: "يجب على شركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي وضع التدابير الكفيلة للوقاية من تعارض المصالح واحترام مبادئ الإنصاف والشفافية ونزاهة السوق وأولوية مصلحة العميل...".

Scanné avec CamScanner

السمسار، وفيما يلي سنتعرض إلى الالتزامات الأساسية للزبون، وذلك كالآتي:

1- الالتزام بدفع الأجرة

انطلاقا من المبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة والتي أحالت عليها مدونة التجارة لتحكم علاقة السمسار بالمتعاقدين معه -في الحدود التي لا تتنافى فيها مع طبيعة عقد السمسرة - يمكن القول إن الاتفاق على الأجر يعتبر موجودا ولو لم يصرح به، إذا كانت الخدمة أو الصنعة مما لم تجر العادة على أدائه مجانا، أو إذا كان الشخص بأدائه لها يباشر مهنته، أو إذا تعلق الأمر بصفقة تجارية أو بعمل أداه التاجر في مباشرته لتجارته[872].

وكما لا يخفى، فإن السمسرة تعتبر نشاطا تجاريا يمتهنه السمسار ويتقاضى عنه مقابلا يدعى "السمسرة" أو "العمولة" يدفعها عادة العميل عند إنجاز المهمة التي كلفه بها.

ويتم تحديد مقدار أجرة السمسار بالاتفاق فيما بين الطرفين أو وفقا لما استقر عليه العرف[873] وفي حالة عدم تحديده، فإن المحكمة[874] تتدخل

872- أنظر في ذلك الفصل 732 من قانون الالتزامات والعقود.

873- بالنسبة لعقد إجارة الصنعة أو الخدمة نص المشرع في الفصل 733 من قانون الالتزامات والعقود على أنه:
"إذا لم يحدد الاتفاق أجر الخدمات أو الصنعة، تولت المحكمة تحديده وفق العرف.
وإذا وجدت تعريفة أو أسعار محددة، افترض في المتعاقدين أنهما ارتضياها".

874- لا بأس من الإشارة هنا إلى أن الفقرة 1 من الفصل 389 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم على التوالي بظهيري 8 أبريل 1938 و17 فبراير 1939 تنص على ما يلي:
"يتقادم أيضا بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوما:
1...
2- دعوى الوسطاء من أجل استيفاء السمسرة ابتداء من إبرام الصفقة.

لهذا الغرض بناء على ما تتمتع به من سلطة تقديرية، أو استنادا إلى رأي الخبير، مع مراعاة ما يجري به العمل في الخدمات المماثلة ومع الأخذ بعين الاعتبار أيضا الظروف الخاصة بالعملية كطبيعتها والوقت الذي تطلبه إنجازها وغير ذلك[875].

والأجرة هنا قد تكون مبلغا محددا من المال، كما قد تكون في غالب الأحيان نسبة[876] معينة من قيمة الصفقة.

3- دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق من أجل ما سبقوه لهم لأداء ما أنيط بهم من أعمال وذلك ابتداء من نفس التاريخ المقرر لكل طائفة منهم...".

875- أنظر المادة 419 من مدونة التجارة وكذلك الفصل 733 من قانون الالتزامات والعقود.

وفي هذا الصدد أيضا، قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار لها تحت رقم 884 الصادر بتاريخ 25 يوليوز 2002 في الملف عدد 02.337 بأنه أنه:

"إذا لم يدل السمسار بما يثبت تحديد المبالغ المستحقة له بناء على اتفاق فإن للمحكمة السلطة في تحديد أجرته تلقائيا أو بالاستعانة برأي الخبراء طبق مقتضيات المادة 419 من القانون التجاري".

وصرحت في قرارها رقم 259 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2008 في الملف عدد 1793. 07 بأن:

"علاقة السمسار مع المتعاقدين تخضع للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة ويعتبر من الأعمال التجارية الأصلية ولو تعلق ببيع عقار ويخضع لحرية الإثبات.

وطالما لم يثبت من الاتفاق أو العرف تحديد أجر السمسار في مبلغ معين يوكل للمحكمة سلطة تقديره مقابل الجهد المبذول من طرفه.

والحكم الذي راعى ذلك في مبدئه يعد في مبدئه يعد في محله ويتعين تأييده مع تعديله لينسجم مع ما ذكر أعلاه".

876- وفي هذا السياق ينص المشرع في الفصل 730 من قانون الالتزامات والعقود بخصوص عقد إجارة الصنعة على أنه:

"يلزم أن يكون الأجر محددا أو قابلا للتحديد. ويسوغ أن يكون الأجر حصة محددة...كما يسوغ أن يكون بمقدار نسبي ...".

ومن المألوف أن يكون أداء هذا المبلغ أو هذه النسبة من قبل الطرف الذي عهد إليه بالبحث عن المتعاقد الآخر[877] لربط علاقة بينهما بقصد إبرام العقد، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة تقضي بخلاف ذلك[878]. غير أنه إذا تبين للزبون بعد إتمام الصفقة، أن الأجرة المتفق عليها تفوق ما تتطلبه فعلا المهمة التي قام بها السمسار، فإنه يسوغ له أن يطالب بتخفيضها، ويحق للمحكمة في هذه الحالة أن تردها إلى الحد المعقول والمناسب للجهود التي بذلها السمسار والمصاريف التي أنفقها في سبيل تنفيذها[879].

وفي الإجمال، فإن السمسار يستحق الأجرة، إذا أبرم العقد الذي توسط فيه أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للطرفين، أي أنه يستحقها متى كان فعلا مكلفا من قبل من وسطه بالبحث عن المتعاقد الآخر بموجب عقد السمسرة الذي يربطه به، ونجح في سعيه هذا عن طريق التقريب بين وجهات النظر من أجل إبرام عقد ما وتم إبرامه بين عميله والمتعاقد الآخر بفضل توسطه.

وورد في قرار لمحكمة الاستئناف بالقنيطرة عدد 898 الصادر بتاريخ 17 يوليوز 2000 في الملف المدني رقم 1544.99- المنشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 23. ص 163- أن:

"البائع والمشتري ملزمان بأداء نسبة 4% للسمسار الذي كان مجرد سبب في لقائهما رغم انعدام وجود أي نص قانوني يحدد هذه النسبة".

877- الأصل أن يدفع العميل الأجرة للسمسار، قياسا على عقد إجارة الصنعة حيث إن رب العمل أو السيد هو من يدفع الأجر وفق ما هو مذكور في العقد أو مقرر بمقتضى العرف المحلي، على ما يبدو من مطلع الفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود.

878- وهو ما ورد ذكره في المادة 418 من نفس المدونة، وما يستشف أيضا من مطلع الفصل 734 من نفس القانون المومأ إليه أعلاه.

879- طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 735 من قانون الالتزامات والعقود، يحق للمحكمة أن تستعمل حقها في تخفيض الأجر المشترط بالنظر إلى الظروف المحيطة بالعملية، وتبعا للفقرة الأخيرة من المادة 415 من مدونة التجارة، فإنه يمكن تخفيض الأجر ما لم يكن قد تم تحديده أو دفعه بعد إبرام العقد.

وهذا يعني أن السمسار يستحق الأجرة لقاء تحقيقه للمهمة المنوطة به، وهي إبرام العقد نتيجة لتوسطه فيه، أما تنفيذه فلا علاقة له به مبدئيا، مع مراعاة المادة 408 من مدونة التجارة.

وهو يستحقها أيضا حتى ولو كان العقد معلقا على شرط واقف[880] لكن بعد تحقق هذا الأخير[881] لأنه يمس وجود العقد ونفاذه، كما يستحقها، بل ولا يلزم برد ما قبضه منها فيما لو تم فسخ العقد بعد إبرامه، إما اختياريا باتفاق الطرفين أو بناء على أحد أسباب الفسخ المقررة قانونا شريطة ألا يصدر عنه أي تدليس أو خطأ جسيم[882].

غير أنه قد يفقد حقه فيها، في حالة ما إذا ارتكب خطأ كان هو السبب في عدم تنفيذ العقد، أو إذا توسط عن علم في عمل غير مشروع[883].

2- الالتزام بتسديد المصاريف

في سبيل تنفيذ مهمته، قد يتحمل السمسار بعض المصاريف منها ما تفرضه عادة ممارسة السمسرة كحرفة كأداء وجيبة كراء المحل الذي يزاول فيه أعمال السمسرة، وأجور المستخدمين لديه، وما إليها من

880- جاء في القرار عدد 201 الصادر بتاريخ 20 ماي 1977 في الملف المدني رقم 678. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي دجنبر 2000. العدد 25 مركز النشر والتوثيق القضائي. ص 94 ما يلي:
"حيث إن العقد المبرم بتاريخ... يتضمن شرطا واقفا وهو أن العمولة تؤدى للسمسار يوم إمضاء رسم البيع، وحيث إن محكمة الاستئناف أبعدت تطبيق هذا الشرط لعلة أنه أضيف إلى العقد تعسفيا ودون موافقة السمسار، دون أن تبين الأسباب والمستندات التي اعتمدتها لتكوين قناعتها، هذا الأمر الذي يجعل قرارها غير معلل تعليلا كافيا".

881- الشيء الذي ورد النص عليه في الفقرة 2 من المادة 415 من مدونة التجارة.

882- عملا بمقتضى المادة 416 من مدونة التجارة.
أنظر أيضا الفصل 735 من قانون الالتزامات والعقود.

883- أنظر المادة 417 من مدونة التجارة.

Scanné avec CamScanner

النفقات التي ترتبط عادة بمباشرة السمسرة[884]- حيث يكون من الطبيعي أن يتحملها السمسار بوصفه تاجرا، ويستوفيها من الأجرة التي يحصل عليها في حالة إبرام العقد، أما إذا لم يبرم فإنه مبدئيا لا يستحقها باعتبار أنها تدخل في المصاريف العادية، اللهم إذا اتفق في العقد على خلاف ذلك.

ومنها ما لا تقتضيه ممارستها في حد ذاتها، ويتحملها السمسار بطلب من هذا الأخير- كأن يكلفه بالسفر إلى موطن المتعاقد الآخر، أو بالإعلان عن مواصفات السلع المراد بيعها أو شراؤها في بعض الصحف ونحو ذلك[885] - وهذه يحق له أن يطالب بها متى تم اشتراطها صراحة في عقد السمسرة سواء تم إبرام العقد أو لا[886].

3- الالتزام بالتعويض

صحيح أن المشرع لم يورد أي مقتضى في إطار مدونة التجارة يتعلق بالتزام العميل بتعويض[887] السمسار، لكن عقد السمسرة كغيره من العقود يخضع للقواعد العامة المقررة في قانون الالتزامات والعقود ومن بينها وجوب تنفيذ العقد بكيفية تتفق وحسن النية[888].

884- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 131.

885- سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، مرجع سابق، ص 251.

886- وهو ما تفيد به صراحة الفقرة الأخيرة من المادة 415 أعلاه.

887- إن الحالة الوحيدة التي تطرق فيها المشرع للتعويض تتضمنها المادة 414 من مدونة التجارة التي تقضي بما يلي:
"إذا كان للسمسار مصلحة شخصية في المعاملة، وجب عليه أن يخبر بذلك الأطراف المتعاقدين وإلا تعرض لدفع تعويض عما يحدث عنه من ضرر".

888- في هذا الصدد ينص الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود على أن:
"كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته".

وهكذا، فإن إخلال الزبون بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد السمسرة وإلحاق ضرر بالسمسار من جراء ذلك، من شأنه أن يحمله المسؤولية، ويعطي الحق لهذا الأخير في مطالبته بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية شريطة توفر أركانها، وذلك بوجود عقد صحيح بينهما مستوف لشروط قيامه، وصدور خطأ من الزبون يترتب عليه عدم إبرام العقد، وإلحاق ضرر بالسمسار من جراء هذا الخطأ، ونشوء علاقة بين الخطأ والضرر، هذا إلى جانب إجراء مهم يتمثل في ضرورة توجيه إعذار من السمسار إلى الزبون.

فإذا تمكن السمسار من إثبات هذه المسؤولية، فإنه يحكم له بتعويض يراعى في تحديده، مقدار الجهد المبذول والكسب الفائت في سبيل إنجاز مهمته من غير تقصير منه أو إهمال.
وخلاصة القول أن السمسار في هذه الحالة لا يستحق الأجرة نظرا لعدم إبرام العقد الذي توسط فيه بخطأ من الزبون، وإنما يستحق تعويضا عما بذله من جهد وما فاته من كسب تطبيقا للقواعد العامة[889].

وفيما يتعلق بالإثبات، نود التذكير في هذا المقام، بأن الأصل هو جواز إثبات عقد السمسرة بكافة وسائل الإثبات عملا بالقاعدة المتأصلة في المادة التجارية، ومع ذلك يجب التمييز بين ما إذا كان العقد تجاريا أم مدنيا بالنسبة للطرف المطلوب ضده الإثبات تماشيا مع مقتضى المادة الرابعة من مدونة التجارة [890].

889- في هذا المعنى، جاء في الفقرة 1 من الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بالقانون رقم 27.95 أن:
"الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام. وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه".

890 – وهكذا متى كان الإثبات ضد السمسار، جاز استعمال كافة الطرق نظرا لأن عقد السمسرة يعتبر عملا تجاريا من جانبه، ويسري نفس الحكم إذا كان في مواجهة العميل الذي وسطه وكان العقد بالنسبة إليه أيضا تجاريا، بعكس ما لو كان

Scanné avec CamScanner

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، إذا كان الدليل الكتابي ينتج كما هو معلوم من ورقة رسمية أو عرفية، فإنه يمكن أن ينتج كذلك من قوائم السماسرة – الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب- ونحوها مما يكون مقبولا من الناحية القانونية[891].

ورغم عدم اعتبار السمسار طرفا في العقد الذي يتوسط فيه، إلا أنه قد يحصل أن ينصب نفسه شاهدا على إبرامه، بل ويحرص على التوقيع عليه بهذه الصفة[892].

الفقرة الرابعة: انقضاء عقد السمسرة

ينقضي عقد السمسرة بكيفية طبيعية بعد أن يكون قد رتب آثاره القانونية، أو تطرأ بعد إبرامه وقبل تنفيذه أسباب تؤدي إلى انقضائه.

مدنيا، حيث لا مناص عندئذ من إثباته بواسطة دليل كتابي، مراعاة لما ينص عليه المشرع في الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بواسطة الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، من وجوب إثبات الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم بالكتابة.

891- وفي هذا السياق يقضي الفصل 417 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بالقانون 53.05 بما يلي:

"ينتج الدليل الكتابي من ورقة رسمية أو عرفية، ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين، وكذلك قوائم السماسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب، والفواتير المقبولة، والمذكرات والوثائق الخاصة أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعامتها وإرسالها".

892- تحضرنا هنا الفقرة 1 من الفصل 437 من نفس القانون المومأ إليه أعلاه التي ورد فيها أن:

"دفاتر الوسطاء المتعلقة بالصفقات التي تمت على أيديهم ودفاتر الغير ممن ليست لهم مصلحة في النزاع، تكون لها قيمة الشهادة غير المشكوك فيها إذا كان مسكها على وجه منتظم".

والجدير بالملاحظة أن المشرع المغربي لم يفرد بين مدونة التجارة مقتضيات تخص هذا الموضوع[893] اللهم إذا استثنينا إشارته إلى الفسخ في إطار المادة 416 منها بقوله:

" إذا تم فسخ العقد بعد إبرامه، سواء وقع الفسخ اختياريا باتفاق الأطراف أو بموجب أحد أسباب الفسخ المقررة قانونا، فلا يفقد السمسار حقه في المطالبة بأجرته، ولا يلزم برد ما قبضه منها، ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ جسيم ينسب إليه".

لذا، لا يسعنا والحالة هاته سوى الركون إلى القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، والتي سنقتصر منها على تلك المتعلقة بإجارة الصنعة، المنصوص عليها على وجه التحديد في الفصل 745 الذي جاء فيه:

"إجارة الصنعة وإجارة الخدمة تنقضيان:

أولا: بانتهاء الأجل المقرر أو بأداء الخدمة أو الصنع الذي كان محلا للعقد.

ثانيا: بالفسخ المحكوم به من القاضي في الحالات التي يحددها القانون.

ثالثا: باستحالة التنفيذ الناشئة إما بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة، وإما بسبب وفاة أجير الصنعة أو الخدمة، مع مراعاة ما يقضي به القانون من استثناءات بالنسبة إلى الحالة الأخيرة.

ولا تنفسخ الإجارتان بموت السيد أو رب العمل". وذلك عملا بالإحالة الصريحة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 405 من مدونة التجارة التي تقضي بأنه:

"تخضع علاقات السمسار مع المتعاقدين للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن لتطبيقه على عقد السمسرة، وفيما عدا ذلك تخضع المقتضيات الآتية بعده".

893- وهذا الموقف ليس حكرا عليه، وإنما يشاركه في ذلك بعض المشرعين كما هو الأمر بالنسبة لنظيره المصري والأردني، حيث يحيل كل منهما في المادة 2 من قانون التجارة- التي تقابلها المادة 2 من مدونة التجارة- على تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون المدني.

أولا: تنفيذ محل عقد السمسرة أو انتهاء الأجل المحدد له

قياسا على المقتضى الوارد في البند الأول من الفصل 745 المشار إليه أعلاه، يمكن القول، إن عقد السمسرة ينقضي عادة بتنفيذ السمسار للمهمة المكلف بها وهي البحث عن شخص آخر بطلب من الزبون لربط علاقة بينهما والتقريب بين وجهة نظرهما من أجل إبرام عقد معين.

وعليه، إذا وفق السمسار في مسعاه هذا وحالفه الحظ بأن تم إمضاء العقد نتيجة لذلك، أو للمعلومات التي قدمها للطرفين، فإنه يستحق أجرته مبدئيا من الجانب الذي كلفه، وتنتهي مهمته وينقضي تبعا لذلك عقد السمسرة تاركا المجال لميلاد العقد الذي سيجمع بين الزبون والغير[894] كما ينقضي هذا العقد بانتهاء الأجل المقرر لتنفيذه.

ثانيا: فسخ عقد السمسرة

أشار المشرع إلى الفسخ في كل من المادة 416 من مدونة التجارة، والبند الثاني من الفصل 745 من قانون الالتزامات والعقود وفق ما سبق بيانه. والفسخ طبقا للقواعد العامة، جزاء مدني يفضي إلى حل العلاقة التعاقدية بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين نتيجة للإخلال بالالتزامات الناشئة عنها.

ومن حيث أنواعه يكون إما قضائيا، يتم بناء على حكم تصدره المحكمة أو اتفاقيا، إذ لا يتقرر إلا باتفاق الأطراف على إدراج شرط

894- فمثلا لو كلف السمسار من قبل العميل بموجب عقد السمسرة، بالبحث عن مشتر لأشياء معينة، بشروط ومواصفات محددة، وتمكن فعلا من إيجاد المشتري المطلوب، وربط العلاقة بينه وبين العميل قصد إبرام عقد البيع، متقيدا في ذلك بكافة الالتزامات التي يفرضها عليه عقد السمسرة، فإنه يكون في هذه الحدود قد قام بمهمته في علاقته بمن وسطه حتى ولو لم يتم في آخر المطاف تنفيذ العقد بين العميل والغير لأسباب لا تعزى إليه شخصيا.

Scanné avec CamScanner

والمبيع في العقد يفيد فسخه بمجرد الإخلال بالتنفيذ أو كذلك فسخا قانونيا يترتب بقوة القانون عند ثبوت سبب من الأسباب الموجبة له.

وعلى العموم، فإنه في ظل القواعد العامة[895] إذا أخل أحد طرفي العقد التبادلي بالتزاماته، حق للطرف الآخر أن يطالبه بالتنفيذ إن كان ممكنا، وإلا بالفسخ، بل وله الحق في التعويض عند الاقتضاء.

أما بخصوص عقد السمسرة، فإن المادة 416 من مدونة التجارة التي تطرقت إلى الفسخ الاتفاقي الذي يحصل اختياريا بين كل من العميل والسمسار، والفسخ القانوني الذي يتوقف على وجود سبب يقتضيه كما هو الأمر مثلا بالنسبة للقوة القاهرة أو الحادث الفجائي خولت في الحالتين معا للسمسار الحق في المطالبة بأجرته والاحتفاظ بما سبق أن قبضه منها، بشرط ألا ينسب إليه أي خطأ أو تدليس.

ثالثا : استحالة تنفيذ عقد السمسرة لسبب أجنبي أو للوفاة

تنقضي إجارة الصنعة وإجارة الخدمة طبقا للبند الثالث من الفصل 745 الذي سبقت الإشارة إليه، كذلك باستحالة التنفيذ الناشئة بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة أو بسبب وفاة أجير الصنعة أو الخدمة.

وبالنسبة لعقد السمسرة، فإنه إذا تم إبرامه بين الزبون والسمسار وشرع هذا الأخير في تنفيذه لكن أثناء ذلك أصبح التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فإنه ينقضي.
بيد أنه لا يستقيم القول باستحالة التنفيذ، إلا إذا ترتب الالتزام على عاتق السمسار بواسطة عقد السمسرة، وكان تنفيذه في البداية ممكنا ثم أصبح مستحيلا استحالة مطلقة -سواء كانت طبيعية أو قانونية- على أساس ألا يكون للسمسار دخل فيها، علما أن عبء إثبات حدوث السبب الأجنبي الذي جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا يقع عليه هو.

895- أنظر الفقرة 1 من الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود.

هذا فيما يتعلق بالاستحالة التي يكون مردها إلى حادث فجائي أو قوة قاهرة، أما فيما يخص الوفاة، فإن عقد السمسرة ينقضي بوفاة السمسار نظرا لكونه من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، أي تلك التي يكون فيها لشخصية المتعاقد أثر في انعقاد العقد.

ونحن نعلم مدى أهمية الدور الذي يلعبه السمسار في الوساطة، خاصة منها التجارية، كما لا تخفى مكانته لدى المتعاملين معه، سيما إذا كان له من المؤهلات والقدرات ما يجعله محل اعتبار أساسي في التعاقد.

وهكذا، فإن عقد السمسرة ينقضي بوفاة السمسار[896] ولا تقع مواصلته من قبل ورثته إلا إذا وافق الزبون على ذلك وبعقد جديد.

ولا يؤدي موت أحد السماسرة -عند تعددهم- إلى انقضاء العقد بالضرورة، وإنما يرتبط هذا الأثر بمن توفي منهم دون الآخرين، ما لم ينص العقد على أن هؤلاء يعملون مجتمعين، بحيث ينقضي العقد حينئذ بموت أحدهم[897].

ومراعاة لمصلحة الزبون، فإنه يتعين على ورثة السمسار حين علمهم بوجود عقد السمسرة أن يخبروا الزبون بوفاة مورثهم، وأن يتخذوا كافة الإجراءات من أجل حسن تنفيذ العقد، وأن يحافظوا على سائر الأوراق والمستندات الخاصة به[898].

896- إنه أجير الصنعة في عقد إجارة الصنعة، أما موت السيد أو رب العمل فليس من شأنه أن يؤدي إلى انفساخ العقد حسبما جاء في البند الثالث والأخير من الفصل 745.

897- سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، مرجع سابق، ص 112 وص 242.

898- انظر في هذا المعنى على سبيل الإستئناس، الفقرة 4 من المادة 842 من القانون المدني الأردني.

المطلب الثالث
الوكالة بالعمولة

بالمقارنة مع عقد السمسرة، يمكن القول إن عقد الوكالة بالعمولة عقد حديث نسبيا، لكن مع ذلك استطاع أن يؤكد حضوره وفعاليته في محيط المعاملات التجارية لاسيما تلك التي تفصل بين أصحابها المسافات، بل إنه رغم التطور الهائل الذي عرفته وسائل الاتصال والمواصلات في العصر الحديث، والتي أصبحت تساعد على الربط المباشر الذي من شأنه أن يغني عن تدخل الوسطاء، فإنه ظل محتفظا بأهميته، ربما اعتبارا لما ينطوي عليه من مزايا، قوامها تيسير المعاملات: فالتجار مثلا قد يفضلون التعامل مع الوكيل بالعمولة نظرا لما يتحلى به من أمانة تجعله محل ثقة، وما يتصف به من حنكة وقدرة على تنفيذ العقد، بدلا من الأصيل الذي يجهلون حقيقة مركزه المالي وفي المقابل، قد تكون للتاجر مصلحة في التستر وإخفاء اسمه على من يتعاقد معه، فلا يجد من سبيل أفضل لديه سوى اللجوء إلى الوكيل بالعمولة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن نطاق هذا العقد-الذي كان في وقت مضى يباشره أصلا وكلاء أفراد وغدت تتولاه مؤسسات متخصصة- يتسع ليشمل التجارة الداخلية والخارجية على حد سواء كما أنه لا يقتصر على البيع والشراء فحسب، وإنما يتناول عمليات أخرى كالنقل وغيره[899] أما دراستنا له فستكون بصفة عامة على الشكل التالي:

899- أنظر في هذا المعنى:
- مصطفى كمال طه وعلي البارودي، القانون التجاري: الأوراق التجارية- الإفلاس.العقود التجارية.عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 517.
- علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري: العقود التجارية. الأوراق التجارية.عمليات البنوك. الإفلاس، مرجع سابق، ص 125. وص 126.
- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 45 وص 46.

الفقرة الأولى: ماهية الوكالة بالعمولة

يفرض المنطق حسب وجهة نظرنا المتواضعة أن يكون المدخل إلى هذا النوع الآخر من العقود التجارية، عن طريق الإحاطة بماهيته لكونها تسمح بملامسة الخصائص التي يتميز بها، وذلك بعد الوقوف عند مفهومه كما صاغه بالخصوص المشرع المغربي في مدونة التجارة.

اولا: تعريف عقد الوكالة بالعمولة

عمل المشرع المغربي على تنظيم الوكالة بالعمولة في المواد من 422 إلى 430 من مدونة التجارة- التي تم تتميمها بالمواد من 430-1 إلى 430-6 بشأن الوكالة بالعمولة في نقل البضائع- التي سوف لن تنصب عليها دراستنا -على الأقل في الوقت الحالي[900]- وعرفها بقوله[901]: "الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني[902] لحساب موكله"[903] كما جعلها خاضعة في تنظيمها

900- لقد تم تتميم أحكام القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، بأحكام القسم الرابع مكرر تحت عنوان:" الوكالة بالعمولة في نقل البضائع" وذلك بمقتضى المادة الأولى من الظهير الشريف رقم 1.06.170 الصادر في 22 نونبر 2006 بتنفيذ القانون رقم 24.04 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 7 دجنبر 2006. ص 3761.

901- في الفقرة 1 من المادة 422 من نفس المدونة.

902- غير أن مهمة الوكيل بالعمولة لا تقتصر على حد تعبير أحد رجال الفقه القانوني- على القيام بتصرف قانوني قوامه إبرام العقد كالوكيل العادي الذي يتعاقد باسم موكله، وإنما يقوم كذلك بأعمال مادية كالمحافظة على المنقولات التي في عهدته، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك، طبقا لما تقضي به طبيعتها والعرف.
- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 139.

903- من الملاحظ، أن هناك تشريعات لم تعرف بطريقة مباشرة عقد الوكالة بالعمولة، بل بكيفية غير مباشرة من خلال تعريف الوكيل بالعمولة، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون التجاري المصري الذي ينص في المادة 81 منه:

للمقتضيات المتعلقة بالوكالة الواردة في قانون الالتزامات والعقود[904] زيادة على القواعد الخاصة بها المكرسة في مدونة التجارة في المواد المومأ إليها أعلاه، إلا أنه لم ينص على الأجرة التي يتقاضاها الوكيل بالعمولة لقاء أداء المهام المنوطة به، مع أنها تعتبر من أهم العناصر في هذا العقد، غير أنه تدارك هذا الأمر في مطلع المادة 424، حيث قضى فيه بأنه:

"يستحق الوكيل بالعمولة الأجرة بمجرد إبرام العقد مع الغير".

كما ركز فيه- أي التعريف- على طريقة تعاقد الوكيل بالعمولة إذ بموجبه يتعاقد الوكيل بالعمولة، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا باسمه الخاص ولحساب الموكل مقابل عمولة، حيث تنصرف إلى ذمته الآثار الناتجة عن هذا العقد الذي أطلق عليه المشرع عقد الوكالة بالعمولة، أما إذا تعاقد الوكيل باسم موكله وظهر أمام الغير بصفته نائبا كان التصرف عقد وكالة عادية؛ ناهيك عن أنه لم يستلزم أن يكون العمل تجاريا بالنسبة للوكيل بالعمولة وأن يكون محل التصرف أو العمل المكلف بإنجازه من عروض التجارة، بل أن البند التاسع من المادة 6 هي التي نصت على تجارية هذا العقد.

وعلى العموم، فإن الوكالة بالعمولة، عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الوكيل بالعمولة[905] بالقيام بتصرف قانوني باسمه الشخصي لحساب شخص آخر يسمى الموكل في مقابل أجرة.

"الوكيل بالعمولة هو الذي يعمل عملا باسم نفسه أو باسم الشركة بأمر الموكل وعلى ذمته، في مقابل أجرة أو عمولة".

904- وبالتحديد في الفصول من 879 إلى 942 منه التي تتعلق "بالوكالة بوجه عام" أما الفصول من 943 إلى 958 فعالج طيها "أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة" (الفضالة).

905- الوكيل بالعمولة كما ذهبت إلى ذلك بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية هو:

"الشخص الذي يحترف التعاقد لحساب الغير وباسم هذا الغير، فهو وكيل عن غيره، تخضع علاقته به لقواعد الوكالة في صورة الاسم المستعار -أي وكيل كسائر

وهكذا، فإن الوكيل بالعمولة يبدو أمام الغير المتعاقد معه كأصيل إذ يكتسب على إثر ذلك الحقوق ويتحمل الالتزامات الناشئة عن العقد وإن كان في الواقع يتعاقد لحساب موكله، ويظهر أمام هذا الأخير بصفته وكيلا عنه بحيث يمثله في إنجاز مصالحه باسمه الشخصي.

ثانيا: خصائص عقد الوكالة بالعمولة

يشترك عقد الوكالة بالعمولة مع عدد من العقود في مجموعة من الخصائص منها، أنه عقد مسمى نظمه المشرع بموجب نصوص خاصة تتمثل في المواد من 422 إلى 430 من مدونة التجارة، ناهيك عن القواعد العامة للوكالة المقررة في قانون الالتزامات والعقود، وهو عقد رضائي لكونه ينعقد بمجرد توافق إرادتي الموكل والوكيل بالعمولة، دون توقفه على شكل معين، ويمكن إثباته بجميع الطرق عملا بمبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية المكرس في المادة 334 من مدونة التجارة، وعقد ملزم للجانبين إذ يولد التزامات في ذمة أطرافه، وهو كذلك عقد معاوضة بحيث إن الشيء الذي يميزه عن عقد الوكالة المدنية هو وجود الأجرة أو العمولة كعنصر أساسي فيه لأن من يقوم بمهام تدخل في حرفته يستحق مقابلا عنها.

غير أنه بالإضافة إلى ذلك ينفرد بخصائص أخرى نسوق منها ما يلي:

الوكلاء في علاقته مع الموكل- كما هي واردة في القانون المدني- في المواد 106
و 713- ويشترط أن تكون العقود التي يبرمها متعلقة بعروض التجارة أو البضائع
أو الصكوك المتداولة، وهذه الصورة من الوكالة هي التي تحكمها المواد 81 وما
بعدها من قانون التجارة".
مشار إليه لدى:
- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 132 وهامش ص 129.

Scanné avec CamScanner

1- انتماء عقد الوكالة بالعمولة إلى طائفة الأعمال التجارية

تندرج الوكالة بالعمولة ضمن الأعمال التجارية التي يترتب على ممارستها بشكل اعتيادي أو احترافي اكتساب صفة تاجر[906] بمعنى أن المشرع جعلها عملا تجاريا بالنسبة للقائم بها وهو الوكيل بالعمولة بصرف النظر عن كون العمل الذي وكل لإجرائه مدنيا أم تجاريا، أما الموكل فقد يكون العمل من طرفه مدنيا أو تجاريا تبعا لطبيعة العمل محل الوكالة[907].

2- قيام عقد الوكالة بالعمولة على الاعتبار الشخصي

يراعى في الوكالة بالعمولة الاعتبار الشخصي، أي أن شخص الوكيل بالعمولة يكتسي في هذا العقد أهمية بالغة تكمن في مدى الثقة التي يضعها فيه الموكل والتي حذت به إلى اختياره بالذات، وذلك لتوفره على المواصفات أو بالأحرى على المقومات الضرورية التي من شأنها أن تسعف الوكالة في النهوض بوظيفتها التجارية، عن طريق وكيل محترف، متخصص في عمليات التسويق، ومسخرا لذلك ليس فقط أمواله، بل وأيضا مؤهلاته في التسيير والتدبير الجيد، وقدراته على تحقيق سمعة تجارية تروم تكوين رصيد مهم من الزبائن.

ويترتب على كونه كذلك، ضرورة تنفيذ الوكيل بالعمولة للمهمة التي عهد بها إليه بنفسه إلا استثناء حيث يجوز له إنابة غيره عنه متى قضى بذلك العقد أو العرف، أو إذا كانت ظروف العملية التي كلف بها

906- عملا بالبند 9 من المادة 6 من مدونة التجارة.

907- من بين ما ينبني على كون الوكالة بالعمولة عقدا تجاريا، أنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات تطبيقا لمبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية. غير أنه في الأحوال التي يكون فيها العقد تجاريا بالنسبة للوكيل بالعمولة ومدنيا بالنسبة للموكل -أي عقدا مختلطا- فإنه يجوز إثباته في مواجهة الأول بكافة الطرق، في حين لا يسوغ الإثبات ضد الثاني إلا وفقا لقواعد الإثبات المقررة في المادة المدنية.

Scanné avec CamScanner

تضطره للإنابة[908] وكذا انقضاؤه بوفاة أحد طرفيه وغيرها من الأسباب التي ترتبط بالشخص[909].

3- تعاقد الوكيل باسمه في الوكالة بالعمولة

إن مناط الوكالة بالعمولة التي تدخل في عداد العقود التجارية هو تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الخاص[910] لكن لحساب موكله في مقابل أجرة[911] يستحقها بمجرد إبرام العقد مع الغير، أي أنه يتصرف كأصيل ومن ثم يكتسب سائر الحقوق الناجمة عنه، كما يلتزم شخصيا تجاه الأغيار الذين تعاقدوا معه والذين ليست لهم صلة مباشرة بالموكل[912] الأمر الذي يفسر كون المشرع يفترض في جانبه التمتع بكامل الأهلية لممارسة الأعمال التجارية.

908- حسبما تفيد به الفقرة 1 من المادة 427 من مدونة التجارة.

909- الشيء الذي يستشف من الفصل 942 من قانون الالتزامات والعقود.

910- إن الوكيل بالعمولة الذي يتعاقد باسم موكله، يعتبر وكيلا عاديا يخضع لقواعد القانون المدني المتعلقة بالوكالة، ولا يتمتع بالامتياز المقرر للوكيل بالعمولة.
أما إذا تعاقد باسم الموكل وبغير إذن منه في إظهار اسمه، فإنه يكون فضوليا وتسري عليه عندئذ الأحكام المقررة للفضالة.
- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 47.

911- إن الوكالة بالعمولة وكالة بأجرة يؤديها الموكل للوكيل، وتدعى أيضا بالعمولة.

912- أنظر الفقرة الأولى من المادة 422. والمادة 423. والفقرة الأولى من المادة 424 من مدونة التجارة.
وفي نفس السياق، جاء في أحد اجتهادات القضاء المصري أنه:
"قد ينص العقد الذي يمضيه الوكيل بالعمولة مع الغير على صفته كوكيل، وبأن هذا العقد معلق على رضا الموكل ويسمى ذلك "بشرط موافقة المصنع" ومع ذلك يعتبر الوكيل وكيلا بالعمولة لأنه يتعاقد باسمه وليس بصفته وكيلا ولو أن الشرط يكشف عن أنه مجرد وكيل، ما دامت نيته واضحة وأنه هو الذي يتحمل مسؤولية العقد دون موكله".
أورده:
- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، هامش الصفحة 133.

ونعتقد، أن هذه خاصية بارزة في عقد الوكالة بالعمولة، إذ رغم كونه من عقود الوساطة التجارية في تشريعنا إلى جانب كل من السمسرة والوكالة التجارية، إلا أن الوكيل بالعمولة لا يشبه السمسار الذي تقتصر مهمته على التقريب بين المتعاقدين-دون أن يكون طرفا في العقد- لقاء أجرة يستحقها إذا تم إبرامه على إثر توسطه فيه، أو نتيجة للمعلومات التي زودهما بها، والذي تحكم علاقته بهما المبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة، وكذا المقتضيات الواردة في المواد المتعلقة بهذا الأخير[913].

كذلك، فإن الوكيل بالعمولة يتميز عن الوكيل التجاري الذي يزاول بكيفية معتادة التفاوض أو التعاقد بشأن أشرية أو بيوعات وما إليها من العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو وكيل تجاري آخر- من غير أن يكون مرتبطا معه بعقد عمل- لقاء عمولة يستحقها بمجرد تنفيذ العملية من طرف الموكل أو من التاريخ المفترض لتنفيذها أو بمجرد قيام الزبون من جهته بتنفيذها[914].

وحتى لئن كان العقد الذي يجريه، ألا وهو الوكالة بالعمولة يخضع لأحكام الوكالة العادية ولتلك الخاصة به، إلا أنه يختلف عن الوكيل العادي، أي الشخص الذي يكلف من لدن شخص آخر بالقيام بعمل مشروع لحسابه-بدون أجر ما لم يتفق على غير ذلك أو في الأحوال التي لا يمكن أن تفترض فيها مجانية الوكالة- بحيث تنسحب آثاره إلى ذمة الموكل كما لو كان هو من قام به[915].

913- أنظر المادة 405. والفقرة 1 من المادة 415 من مدونة التجارة.

914- أنظر الفقرة 1 من كل من المادة 393 و401 من نفس المدونة المشار إليها أعلاه.

915- أنظر الفصول 879 و 888 و 921 و 922 ثم 925 من قانون الالتزامات والعقود.

4- استقلالية الوكيل في القيام بمهام الوكالة بالعمولة

إن الوكيل بالعمولة لا يعتبر أجيرا للموكل حتى تربطه به علاقة تبعية، بل إنه يباشر مهامه بكيفية مستقلة عنه، مع ثبوت حق هذا الأخير في إعطائه أوامر وتعليمات قد تكون آمرة أو إرشادية.

الفقرة الثانية: تكوين عقد الوكالة بالعمولة

إن الصفة التجارية التي يكتسيها عقد الوكالة بالعمولة لا تعني غياب قواسم مشتركة بينه وبين بقية العقود-ومنها الوكالة العادية- خصوصا بالنظر إلى الأركان اللازمة لقيامه وهي[916] أهلية للالتزام وتعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام، وشيء محقق يصلح أن يكون محلا للالتزام، ثم سبب مشروع للالتزام، وهي أركان لم تخصص لها مدونة التجارة حيزا في القسم الذي عالجت فيه الوكالة بالعمولة، لذا لا يسعنا سوى الاستناد إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

أولا: الرضى في عقد الوكالة بالعمولة

يتطلب في الرضى كركن رئيسي في أي عقد أن يكون موجودا وصحيحا، وذلك بتوفر الإرادة وتوافقها مع إرادة أخرى، وصدوره من ذي أهلية وخلوه من العيوب التي يمكن أن تعتريه كالغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن.

وفيما يخص الرضى، فإن الوكالة- سواء كانت عادية أو بالعمولة- تتم بتراضي طرفيها، حيث يسوغ أن يكون رضى الموكل صريحا أو ضمنيا ما لم يتطلب القانون شكلا خاصا، كما يجوز أن يأتي

916- طبقا للفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود.

Scanné avec CamScanner

قبول الوكيل بالعمولة ضمنيا إذ يستنتج من تنفيذه لما أنيط به[917] مع استثناء الحالات التي قد يستلزم فيها القانون قبولا صريحا[918].

ومتى حصل الإيجاب بالوكالة لموجب له يمتهن القيام بالخدمات التي تتضمنها –ويصدق هذا على الوكيل بالعمولة كذلك– فإنه يعتبر قابلا للإيجاب، ما لم يخطر الموجب برفضه إياه فور تسلمه، بل ويتعين عليه رغم ذلك اتخاذ الإجراءات العاجلة التي تقتضيها مصلحة من كلفه بالعمل.

وإذا تعلق الأمر ببضائع أرسلت إليه، وجب عليه إيداعها في مكان أمين والمحافظة عليها على نفقة الموجب إلى أن يتمكن من رعاية شؤونه بنفسه، وإن كان في التأخير خطر، تعين عليه عندئذ أن يعمل على بيعها بواسطة السلطة القضائية بعد إثبات حالتها[919].

وفي الإجمال، فإنه ينبغي أن يرد الإيجاب والقبول على العملية المطلوب من الوكيل بالعمولة إنجازها، وكذا على الأجرة التي على الموكل أن يدفعها وعلى باقي الشروط التي يعتبرانها أساسية في التعاقد[920].

وإذا كان من المبادئ العامة التي تحكم الأهلية، أنه يفترض كمالها لدى الشخص لمباشرة الحقوق والتحمل بالالتزامات ببلوغه سن الرشد القانوني– وهو ثمانية عشر سنة شمسية كاملة– دون أن يثبت أي

917– مع العلم أنه إذا تم توكيله بمكتوب أو ببرقية، أو بواسطة رسول، وقبل الوكالة من غير شرط أو تحفظ، فإن الوكالة تعتبر منعقدة في محل إقامته، حسبما ينص عليه الفصل 886 من قانون الالتزامات والعقود.

918– أنظر الفصل 883 من نفس القانون المذكور أعلاه.

919– أنظر في ذلك الفصل 885 من نفس القانون.

920– لأن الاتفاق– كما تفيد بذلك الفقرة الأولى من الفصل 19 من نفس القانون– لا يتم إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

Scanné avec CamScanner

سبب من أسباب نقصانها أو انعدامها[921] فإن الطبيعة التجارية للوكالة بالعمولة بالنسبة للوكيل بالعمولة تدعو إلى الأخذ في هذا المضمار بالأهلية التجارية[922].

لكن، بما أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص مع ما يستتبع ذلك من انصراف آثار العقد إلى ذمته، فإن منطق الأشياء يقتضي كمال الأهلية، أي وجوب توفره على أهلية التصرف، وهذا بخلاف الأصل في الوكيل العادي، إذ بالرجوع إلى الفصل 880 من قانون الالتزامات والعقود نجده ينص على أنه:

"يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها، ولا تلزم نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز وبقواه العقلية، ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه. فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصالة عن نفسه".

ثانيا: المحل والسبب في عقد الوكالة بالعمولة

يشترط في المحل والسبب في عقد الوكالة بالعمولة ما يتطلب عادة في العقود الأخرى. وعليه، فإنه ينبغي أن يكون محل الالتزام على حد تعبير المشرع المغربي موجودا وممكنا لا مستحيلا بحسب طبيعته أو بحكم القانون ومشروعا- أي داخلا في دائرة التعامل- ومعينا. وقياسا على الوكالة[923] يمكن القول بأن الوكالة بالعمولة، تبطل إذا كان محلها مستحيلا أو مبهما، إبهاما فاحشا، أو إذا كان محلها عبارة عن أعمال مخالفة للنظام العام أو للأخلاق الحميدة أو للقوانين المدنية أو الدينية.

921- راجع المواد 208 و 209 و 210 من مدونة الأسرة.

922- تعرض المشرع للأهلية التجارية في المواد من 12 إلى 17 من مدونة التجارة.

923- أنظر الفصل 881 من ق.ل.ع.

Scanné avec CamScanner

كما يجب أن يكون سببه موجودا وحقيقيا لا وهميا أو كاذبا ومشروعا، وذلك كله تحت طائلة الجزاء الذي قرره المشرع للإخلال بالشروط الواجبة في أي ركن من أركان العقد.

الفقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد الوكالة بالعمولة

تترتب على عقد الوكالة بالعمولة آثار قانونية مهمة ارتأينا دراستها أولا من زاوية الالتزامات التي تقع على عاتق طرفيها معا الموكل والوكيل، إلى جانب بعض الضمانات المرتبطة بتنفيذ الوكالة بالعمولة وفق ما سيتم بيانه في أوانه، وثانيا من زاوية العلاقات المتشابكة فيها، والتي يحضر فيها الغير كعنصر ثالث له بداهة صلة مباشرة بالوكيل بالعمولة، إلا أن مدى علاقته بالموكل تعد محل تساؤل عن أساسها القانوني.

أولا: آثار عقد الوكالة بالعمولة في علاقة الوكيل بالموكل

إن ما يعد حقوقا للوكيل بالعمولة يعتبر في المقابل واجبات يتحملها الموكل، لذا سنتعرض لحقوق الوكيل بالعمولة وللضمانات التي من شأنها أن تكفل استيفاءه لحقوقه، ثم نعرج بعدئذ على التزاماته[924] وذلك تباعا كالآتي:

1- حقوق الوكيل بالعمولة

يمكن أن نستشف هذه الحقوق من مضمون المادتين 423 و424 من مدونة التجارة، حيث ورد في الأولى[925] أنه:

"يكتسب الوكيل بالعمولة الحقوق الناتجة عن العقد..."

وجاء في الثانية أنه:

"يستحق الوكيل بالعمولة الأجرة بمجرد ابرام العقد مع الغير.

924- ونحن إذ نسلك هذا النهج نتماشى حتى مع أسلوب المشرع على مستوى التبويب.

925- وبالضبط في مطلع الفقرة 1 منها.

Scanné avec CamScanner

تطبق عند عدم إبرام العقد مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 915 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود".

وبالعودة إلى هذا النص الذي تحيل عليه المدونة والذي نستحسن سياقه كاملا نجده يقضي بما يلي:

"لاحق للوكيل في الأجر المتفق عليه:

أولا: إذا كانت الصفقة أو العملية التي كلف بها قد أنجزت قبل أن يشرع في تنفيذها.

ثانيا: إذا لم تقع الصفقة أو القضية التي أعطيت الوكالة من أجلها مع عدم الإخلال في هذه الحالة بما يقضي به عرف التجارة أو العرف المحلي.

ومع ذلك، فللقاضي السلطة لتقدير ما إذا كان يجب وفقا لظروف الحال منح الوكيل تعويضا، لاسيما إذا لم تعقد الصفقة لسبب شخصي يتعلق بالموكل أو بسبب القوة القاهرة".

وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول إن من أبرز حقوق الوكيل بالعمولة ما يلي:

أ- حق الوكيل بالعمولة في الأجرة

إن الوكالة بالعمولة كعقد تجاري تتطلب بالضرورة أن تكون بعوض متفق عليه بين الموكل والوكيل بالعمولة[926] عبر عنه المشرع المغربي في معرض تعريفه للوكالة بالعمولة[927] بالأجرة وبالعمولة عند

926- إذا كان الأصل في الوكالة أنها بلا أجر، ما لم يتفق على غير ذلك، فإن مجانيتها لا تفترض في الأحوال الآتية- المنصوص عليها في الفصل 888 من قانون الالتزامات والعقود:

أولا: إذا كلف الوكيل بإجراء عمل داخل في حرفته أو مهنته.

ثانيا: بين التجار فيما يتعلق بالمعاملات التجارية.

ثالثا: إذا قضى العرف بإعطاء أجر عن القيام بالأعمال التي هي محل الوكالة.

927- في الفقرة 1 من المادة 424 من مدونة التجارة.

Scanné avec CamScanner

حديثه عن الامتياز[928] وأطلقت عليه تشريعات أخرى العمولة أو الأجرة[929].

وعلى كل حال، فإن الوكالة بالعمولة تلقي على عاتق الموكل التزاما أساسيا بدفع الأجرة المتفق عليها للوكيل بالعمولة، أو تلك التي يجري بها عرف المكان الذي نفذت فيه الوكالة بالعمولة، أو التي تقتضيها ظروف الحال، إذا لم يكن قد تم تعيينها.

ومبدئيا تتحدد قيمة العمولة بالاتفاق فيما بين الطرفين في صلب العقد، أو على ضوء العرف التجاري[930] حيث تكون عبارة عن مبلغ محدد لكل صفقة أو بنسبة مئوية معينة من قيمتها كما جرت العادة على ذلك.

وفي هذا السياق، جاء في بعض الدراسات[931] أن "العمولة تتحدد بنسبة معينة من القيمة الإجمالية للصفقة محل الوكالة بالعمولة التي تشمل فضلا عن ثمن البضاعة موضوع العقد، مصروفات تنفيذه كأجرة النقل والرسوم الجمركية وقسط التأمين وغيرها من المصروفات، اللهم إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك" أما المشرع المغربي، فلم يتطرق إلى المسألة على ذلك النحو، لا في مدونة التجارة ولا في قانون الالتزامات والعقود.

928- وذلك في الفقرة 3 من المادة 425 من نفس المدونة. التي جاء فيها أنه:
"يشمل الامتياز علاوة على أصل المبلغ، الفوائد والعمولات والمصاريف".

929- نجد مثلا أن المشرع المصري استعمل المصطلحين معا: الأجرة والعمولة وهو بصدد تعريفه للوكالة بالعمولة في المادة 81 من قانونه التجاري التي سبقت الإيماءة إليها في حيز آخر من هذه الدراسة.

930- أنظر الفصل 916 من قانون الالتزامات والعقود.

931- منها على سبيل الذكر فحسب:
- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 55.
- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 143.

Scanné avec CamScanner

والجدير بالذكر، أن الأجرة تستحق في تشريعنا[932] بمجرد إبرام العقد مع الغير، حيث يتعين على الموكل أن يدفعها إلى الوكيل بالعمولة ولو لم يقم الغير بتنفيذ العقد، شريطة ألا يعزى السبب في ذلك إلى خطأ الوكيل بالعمولة، وإلا كان مسؤولا ويتحمل من ثم تبعة تصرفه[933].

ثم إن الصفقة قد لا تتم[934] وبالتالي لا يستحق الوكيل بالعمولة الأجرة متى كان عدم إبرام العقد أو عدم تنفيذه لسبب شخصي يتعلق بالموكل، أو لحدوث قوة قاهرة، غير أنه قد يستحق في المقابل تعويضا تحكم به المحكمة مع مراعاة ظروف الحال[935].

هذا باختصار عن المقتضى الذي يطبق فيما لو كان الوكيل بالعمولة غير ضامن، أما إذا ضمن الوفاء بما يترتب على الأشخاص الذين تعاقد معهم، فإنه يسأل على وجه التضامن معهم عن تنفيذ التزاماتهم[936] وفي هذه الحالة لا يستحق الأجرة إلا إذا قام بتنفيذ العقد الذي أوكل إليه إنجازه[937] وذلك عملا بموجب "شرط الضمان".

932- ونقصد على وجه التحديد مدونة التجارة في الفقرة الأولى من المادة 424 منها.

933- في نفس المعنى، جاء في الباب المتعلق "بالوكالة بوجه عام" وبالضبط في الفقرتين 1 و2 من الفصل 914 من قانون الالتزامات والعقود أنه:
"على الموكل:
أولا: ...وأن يدفع أجره عند ما يكون مستحقا أيا كانت نتيجة المعاملة ما لم يكن هناك فعل أو خطأ يعزى إليه.
ثانيا: ...وهو لا يسأل عن الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل، ولا عن الخسائر التي تلحقه نتيجة فعله أو خطئه أو من أجل أسباب أخرى بعيدة عن الوكالة".

934- تفيد الفقرة 2 من المادة 424 من مدونة التجارة بأنه: "تطبق عند عدم إبرام العقد مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 915 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود".

935- حسبما تنص عليه الفقرة 3 من الفصل 915 من قانون الالتزامات والعقود.

936- ذلك ما تنص عليه صراحة الفقرة 1 من المادة 430 من مدونة التجارة بقولها:

فكثيرا ما يشترط في عقد الوكالة بالعمولة أن يكون الوكيل ضامنا لتنفيذ الغير المتعاقد معه لالتزاماته لقاء عمولة خاصة[938] وقد يستفاد هذا الشرط من العادات التجارية السائدة في محل إبرام العقد، أو من اتفاق الأطراف، وقد يتقرر بموجب نص في القانون، وفي هذه الحالة، يسمى الوكيل بـ " الوكيل بالعمولة الضامن".

وينتج عن "شرط الضمان" التزام الوكيل بالعمولة بضمان تنفيذ الغير المتعاقد معه لالتزامه تنفيذا كاملا في الميعاد المحدد، ولا يقتصر أثر هذا الشرط على ضمان يسر الغير، بل يشمل أيضا ضمان عدم التنفيذ ولو كان راجعا إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي[939].

ب- حق الوكيل بالعمولة في استرداد المصاريف

في سبيل تنفيذ مهمته- التي تتطلب إنجاز العديد من الأعمال المادية إلى جانب التصرف القانوني- قد يضطر الوكيل بالعمولة الوكالة إلى تسبيق قدر من ماله الخاص[940] وإنفاق مصاريف[941] في حدود ما

"إذا ضمن الوكيل بالعمولة الوفاء بما يترتب على الأشخاص الذين تعاقد معهم وجب عليه الضمان على وجه التضامن معهم لتنفيذ ما لزمهم".
أما الفقرة 2 منها فورد فيها ما يلي:
"غير أنه يجوز الاتفاق على تحديد آثار هذا الضمان"

937- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 56.

938- إن نسبة عمولته تكون مرتفعة تبعا لشرط الضمان ويطلق عليها عمولة الضمان التي يتم تحديدها إما باتفاق الطرفين أو وفقا للعرف أو من طرف المحكمة.

939- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 53.

940- بل إنه يجب على الموكل -حسبما يفيد به الفصل 913 من نفس القانون المشار إليه في الهامش السابق- أن يمد الوكيل بالنقود وغيرها مما يلزم لتنفيذ الوكالة، ما لم يقض العرف أو الاتفاق بخلافه.

941- كمصاريف الإيداع والتخزين والنقل والرسوم الجمركية ونحو ذلك.
أنظر في هذا الصدد:
- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 56.

Scanné avec CamScanner

كان لازما لتحقيق هذا الغرض، وفي هذه الحالة يحق له أن يستردها من الموكل بصرف النظر عن نتيجة العملية التي توسط فيها[942] أي حتى ولو لم ينفذ العقد.

2- ضمانات استيفاء الوكيل بالعمولة لحقوقه

من المعلوم، أن أموال المدين تشكل ضمانا عاما لدائنيه بحيث يوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم، ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية، تتجسد في تشريعنا في الامتياز والرهون وحق الحبس[943] إلى جانب تضامن الموكلين.

ومن هذا المنطلق، يمكن القول بالنسبة لموضوعنا، إنه سعيا من المشرع المغربي إلى تأمين استيفاء الوكيل بالعمولة[944] لأجرته وسائر المستحقات الأخرى المتعلقة بالعمليات المنجزة مع الموكل في إطار عقد الوكالة بالعمولة، فإنه عمل على منحه ضمانات لمسناها من خلال قراءتنا لمجموعة من المقتضيات الواردة بين دفتي قانون الالتزامات والعقود ومدونة التجارة، تتمثل في حق الامتياز وحق الحبس.

أ- تمتع الوكيل بالعمولة بحق الامتياز

يعتبر الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين، وهو يقدم على كافة الديون الأخرى ولو كانت مضمونة برهون رسمية، غير أن الأفضلية بين الدائنين الممتازين تتحدد على

942- أنظر الفقرة 1 من الفصل 914 من قانون الالتزامات والعقود.

943- أنظر الفصلان 1241 و1242 من قانون الالتزامات والعقود.

944- علما أنه إذا تعدد الوكلاء بالعمولة، فإنهم يكونوا متضامنين فيما بينهم تجاه الموكل، عملا بقاعدة افتراض التضامن بين المدينين في المادة التجارية.
- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 54.

Scanné avec CamScanner

أساس الأنواع المختلفة للامتيازات[945] والتي تكون إما امتيازات على المنقولات عامة أو خاصة، وإما امتيازات على العقارات خاصة.

ويدخل الامتياز المتعلق بالوكالة بالعمولة في عداد الامتيازات الخاصة الواردة على بعض المنقولات والتي ذكرها المشرع أولا في إطار قانون الالتزامات والعقود[946] قائلا:
"المبالغ المستحقة للوكيل بالعمولة لها امتياز على قيمة البضائع المرسلة في الحدود المقررة في الفصل 919 [947] وثانيا في مدونة التجارة، وذلك في المادتين 425 و426 منها، اللتين يستشف من فحواهما أن الوكيل بالعمولة يتمتع بحق امتياز على قيمة المنقولات، وتماشيا مع ما جاء على لسان المشرع المغربي[948] على "قيمة البضائع" الموجودة في

945- أنظر الفصل 1244 من قانون الالتزامات والعقود.

946- في البند 5 من الفصل 1250 المعدل والمتمم على التوالي بظهير 20 نونبر 1936 وظهير 18 دجنبر 1947.

947- ينص الفصل المحال عليه على أنه:
"للوكيل حق حبس أمتعة الموكل المنقولة أو بضائعه التي أرسلت إليه من أجل استيفاء ما يستحق له على الموكل وفقا للفصل 914".
ويفيد هذا الأخير بما يلي:
"على الموكل:
أولا: أن يدفع للوكيل ما اضطر إلى تسبيقه من ماله وإلى إنفاقه من المصروفات من أجل تنفيذ الوكالة في حدود ما كان لازما لهذا الغرض، وأن يدفع له أجره عندما يكون مستحقا، أيا كانت نتيجة المعاملة، ما لم يكن هناك فعل أو خطأ يعزى إليه.
ثانيا: تخليص الوكيل من الالتزامات التي اضطر إلى التعاقد عليها نتيجة تنفيذه لمهمته أو بمناسبتها. وهو لا يسأل عن الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل، ولا عن الخسائر التي تلحقه نتيجة فعله أو خطئه، أو من أجل أسباب أخرى بعيدة عن الوكالة".

948- في مطلع الفقرة 1 من المادة 425 التي جاء فيها:
"للوكيل بالعمولة، سواء كان مشتريا أو بائعا، حق الامتياز على قيمة البضائع المرسلة له أو المودعة أو المؤمنة لديه بمجرد عملية الإرسال أو الإيداع أو وضعها أمانة...".

Scanné avec CamScanner

حيازته فعلا أو حكما - بأن كانت تحت تصرفه بالجمارك أو بمستودع عمومي أو بمخازنه، أو إذا كان مباشرا نقلها بوسائله الخاصة، أو إذا تسلم قبل وصولها إليه سند شحنها أو أي سند آخر من سندات النقل المماثلة، أو إذا احتفظ بعد أن أرسلها بسند شحنها أو أي سند آخر من سندات النقل المماثلة[949]- ولو لم تكن مصدر الدين[950] وذلك حتى يتمكن الوكيل بالعمولة من استيفاء جميع القروض أو التسبيقات أو الأداءات التي قدمها، سواء قبل تسلمه البضائع أو طيلة مدة تواجدها في حيازته[951].

ومما تجدر ملاحظته، أن هذا الامتياز الذي هو مقرر بنص القانون، والذي جعله المشرع ضامنا لتلك المستحقات[952] المتعلقة بجميع العمليات المنجزة مع الموكل[953] وشاملا بالإضافة إلى أصل المبلغ الفوائد وكذلك العمولات والمصاريف[954] إنما يرتبط في هذا الجانب منه بالحالة التي تكون فيها تلك المنقولات أو "البضائع" في حيازة الوكيل بالعمولة. أما إذا كانت قد بيعت، فإن الامتياز الذي يكون له عندئذ يتجسد في حقه في أن يقتطع من ثمن بيعها قيمة دينه بالأسبقية على باقي دائني الموكل[955].

949- أنظر بشأن ذلك الفقرة 2 من المادة 426 من مدونة التجارة.

950- حسبما أكده المشرع في الفقرة 1 من نفس المادة المذكورة في الهامش السابق قائلا:

"يبقى للوكيل بالعمولة امتياز على البضائع الموجودة في حيازته ولو لم تكن هذه البضائع مصدر الدين".

951- وهو ما تم التنصيص عليه في الفقرة 1 من المادة 425 من مدونة التجارة.

952- أي القروض والتسبيقات والأداءات التي تم دفعها من لدن الوكيل بالعمولة.

953- على أنه لا يميز في هذا الصدد بين ما إذا كانت مرتبطة بالبضائع التي لا تزال في حيازة صاحبها أو التي سبق إرسالها أو إيداعها أو وضعها أمانة، طبقا لما ذكر المشرع في الفقرة 2 من المادة 425.

954- عملا بمقتضى الفقرة 3 من نفس المادة المومأ إليها في الهامش السابق.

955- الشيء الذي تفيد به الفقرة الأخيرة من نفس المادة المشار إليها أعلاه.

Scanné avec CamScanner

وإذا أناب الوكيل بالعمولة عنه وكيلا آخر من أجل إنجاز المهمة التي كلفه بها الموكل، فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بالامتياز المنصوص عليه في المادتين 425 و426 المشار إليهما سابقا، إلا في حدود المبالغ التي قد يستحقها من الموكل الأول[956].

ب- تمتع الوكيل بالعمولة بحق الحبس

رفعا لأي التباس، ألفينا من الضروري إثارة الانتباه إلى أنه يجب عدم الخلط بين الحبس، الذي يقصد به "الأموال التي أوقفها المحبس المسلم، ويكون التمتع بها لفائدة أنواع المستفيدين الذين يعينهم المحبس" والذي يعد حقا عينيا أصليا إلى جانب الحقوق العينية الأصلية الأخرى التي تناولها المشرع في المادة التاسعة من المدونة الجديدة المتعلقة بالحقوق العينية الصادرة بتاريخ 22 نونبر 2011[957] وتطبق عليه الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف[958] وهذا لا علاقة له بموضوعنا وبين حق الحبس الذي يعنينا، ويراد به[959] "حق حيازة الشيء المملوك للمدين وعدم التخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن والذي لا يمكن مباشرته إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون".

وبالتالي، فإنه لا يعدو أن يكون سوى وسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات، نظمها المشرع المغربي[960] في إطار قانون الالتزامات والعقود هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن من أبرز الخصائص المميزة لهذا الحق كونه يرتبط بالحيازة، بحيث ينقضي نتيجة لفقدانها.

956- عملا بالفقرة 2 من المادة 427 من مدونة التجارة.

957- كان الظهير الشريف الصادر في 2 يونيو 1915 بتحديد التشريع المطبق على العقارات المحفظة- قبل نسخه تطبيقا للمادة 333 من الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر بتاريخ 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية- يعالجه في الفصول من 73 إلى 75 منه.

958- كما تفيد به المادة 130 من مدونة الحقوق العينية.

959- تبعا لما ورد في الفصل 291 من قانون الالتزامات والعقود.

960- إلى جانب العربون الذي خصص له الفصول من 288 إلى 290.

Scanné avec CamScanner

وعلى هذا الأساس، يحق للوكيل بالعمولة أن يحبس أمتعة الموكل المنقولة أو بضائعه التي أرسلت إليه، قصد ضمان استيفاء ما هو مستحق له في ذمة هذا الأخير، وهو أمر يرتهن بطبيعة الحال بوجود تلك المنقولات في حيازته، أما إذا خرجت منها وانتقلت إلى الموكل، فإنه لا يكون هناك محل لإعمال حق الحبس، ذلك الحق الذي تذهب بعض الدراسات[961] إلى أنه أوسع نطاقا مما هو مقرر في القواعد العامة، وآية ذلك أنه إذا كانت هذه الأخيرة تشترط قيام ارتباط بين الشيء المحبوس والمبالغ المستحقة للحابس، فإن هذا الارتباط غير لازم لاستعمال حق الحبس المخول للوكيل بالعمولة، إذ يسوغ له حبس أية بضائع تخص الموكل ضمانا لاستخلاص المستحقات التي له عليه.

ج- تضامن الموكلين

استنادا إلى المادة 335 من مدونة التجارة التي تنص على أنه: "يفترض التضامن في الالتزامات التجارية" التي تكرس أهم دعامة في المعاملات التجارية ألا وهي الائتمان، فإنه يمكن اعتبار تضامن الموكلين ضمانة للوكيل بالعمولة، إذ أنه إذا اشترك عدة موكلين في تكليف وكيل بالعمولة بعمل واحد فإنهم يسألون على وجه التضامن تجاهه في الوفاء بحقوقه.

961- راجع بهذا الخصوص:
- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 57.
- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 144 وص 145.

Scanné avec CamScanner

3- التزامات الوكيل بالعمولة

تنشأ عن عقد الوكالة التزامات يتحملها الوكيل بالعمولة، تحكمها القواعد العامة في الوكالة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود مع مراعاة القواعد الخاصة الواردة في مدونة التجارة لاسيما في القسم الرابع من الكتاب الرابع منها.

وهي التزامات يمكن أن نتناولها في نظرنا، أولا من حيث كونها تتصل بمبدأ حسن النية الذي يفترض أن يكون مناط وروح سائر التصرفات والمعاملات أيا كانت أطرافها وكيفما كانت طبيعتها، وثانيا من حيث كونها واجبات تنبثق بالخصوص عن الوكالة بالعمولة، وذلك على النحو التالي:

أ- الالتزامات المنبثقة عن مبدأ حسن النية في التعامل عموما

يتصدر التزامات الوكيل بالعمولة على هذا المستوى، عدم تجاوز الصلاحيات المرسومة له بموجب الاتفاق أو عرف المهنة، وكذا عدم التقصير في بذل العناية المطلوبة لتنفيذ العملية المنوطة به.

فمن ناحية، رغم أن الوكيل بالعمولة يجري التصرف القانوني باسمه الخاص، إلا أن هذا لا يعني الاستقلال التام عن الموكل، وإنما يتعين عليه أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها دون أي تجاوز، وذلك وفقا للتعليمات الصادرة إليه من الموكل، والتي قد تكون إلزامية محددة بالتفصيل، بحيث لا يجوز له أصلا أن يخالفها[962] تحت طائلة تحمله تبعة إخلاله بها، أو إرشادية أو بيانية يبقى معها متمتعا بحرية تقدير

962- ومع ذلك، تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود على أنه:

"إذا توفرت للوكيل أسباب خطيرة تدفعه إلى مخالفة التعليمات التي تلقاها أو إلى مخالفة ما جرى عليه العرف، وجب أن يبادر بإخطار الموكل بها في أقرب فرصة، وعليه أن ينتظر تعليماته، ما لم يكن في الانتظار خطر".

Scanné avec CamScanner

الأمور[963] بل وحتى إذا لم يتلق أية تعليمات خاصة، فإن حسن النية في التعامل يفترض فيه أن يتصرف وفقا لمصلحة الموكل[964].

ولما كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد، فإنه يجب عليه القيام بالمهمة الموكولة إليه بنفسه لا أن ينيب عنه وكيلا آخر بالعمولة[965] ما لم يخول صراحة هذه الصلاحية بموجب العقد أو العرف، أو اضطرته الظروف إلى اللجوء إلى مثل هذه النيابة[966].

وعلى العموم، يتعين على نائب الوكيل بالعمولة أن يلتزم مباشرة تجاه الموكل، في نفس الحدود التي يلتزم فيها الوكيل بالعمولة[967] هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه لا يصح له أن يتمسك بحق الامتياز

963- للمزيد من الإيضاح في هذا الصدد، أنظر:
- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 136.
964- وللإشارة، فإن المشرع ينص-في الفصل 927- بالنسبة للوكالة المدنية أنه:
"لا يلتزم الموكل بما يجريه الوكيل خارج حدود وكالته، أو متجاوزا إياها إلا في الحالات الآتية:
أولا: إذا أقره ولو دلالة.
ثانيا: إذا استفاد منه.
ثالثا: إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أفضل مما تضمنه تعليمات الموكل.
رابعا: وحتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشرط أقسى مما تتضمنه تعليمات الموكل ما دام الفرق يسيرا أو كان مما يتسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد".
965- خصوصا وأنه يسأل عمن يوكل تحت يده، كما يفيد بذلك مستهل الفصل 901 من قانون الالتزامات والعقود.
لكن، إذا رخص في أن ينيب عنه شخصا آخر ولم يعين هذا الأخير، فإنه لا يكون مسؤولا إلا إذا اختار من لا تتوفر فيه الصفات اللازمة لإنجاز الوكالة، أو أحسن الاختيار، غير أنه أعطى لمن ينوب عنه تعليمات كانت سببا في حدوث الضرر، أو لم يراقبه في الوقت الذي كانت مراقبته ضرورية، حسبما ينص عليه الفصل المذكور أعلاه.
966- تبعا لما يقضي به الفصل 900 من نفس القانون المشار إليه في الهامش السابق.
967- عملا بمقتضى الفصل 902 من نفس القانون.

Scanné avec CamScanner

المنصوص عليه في المادتين 425 و426 من مدونة التجارة، إلا في حدود المبالغ التي يستحقها من الموكل الأصلي[968].

وخلاصة ما ذكر، أن عقد الوكالة بالعمولة يقتضي تنفيذ التصرف من لدن الوكيل بالعمولة شخصيا، تحت طائلة مساءلته عن كل ضرر أو خسارة تلحق الموكل فيما لو أخل بهذا الالتزام، إلا في الحالات التي أوردها المشرع في المادة 427 من مدونة التجارة، والتي تجيز للوكيل بالعمولة، استنادا إلى ما تم الاتفاق عليه في العقد، أو إلى العرف، أو إلى ظروف العملية، أن ينيب عنه الغير في ذلك.

ومن ناحية ثانية، ينبني على كون الوكالة بالعمولة مأجورة ضرورة حرص الوكيل بالعمولة على بذل عناية الرجل المتبصر حي الضمير في تنفيذها، بحيث يسأل تجاه الموكل عن الضرر الذي يلحق به من جراء انتفائها[969].

وبتعبير آخر، فإن "الأصل في التزام الوكيل، أنه التزام ببذل عناية، ومن ثم وجب عليه أن يسعى دوما في تنفيذ مهمته، إلى بذل عناية الرجل المعتاد، مع مراعاة ما إذا كان يحترف الوكالة بالعمولة حيث تكون العناية اللازمة عندئذ هي عناية الوكيل بالعمولة المحترف الذي من ضمن ما يفترض فيه العلم به، ظروف السوق، والتحقق من حالة البضاعة، ومن يسر الشخص الذي يتعاقد معه"[970].

وعلى الوكيل بالعمولة أيضا، أن يحافظ على الأشياء والبضائع التي تسلمها لحساب الموكل، ويبذل في صيانتها عناية الرجل الحريص

968- طبقا لما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 427 من مدونة التجارة.

969- كما إذ لم ينفذ اختيارا ما تتطلبه الوكالة أو ما يقتضيه العرف الجاري في المعاملات، أو لم يستجب للتعليمات الصادرة إليه من موكله.

أنظر في ذلك الفقرة I من الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود.

970- أنظر في الصدد:

- محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 234.

ويخبر موكله بكافة التغييرات التي تطرأ عليها، وكذا على حقوق هذا الأخير تجاه الغير[971] وأن يخبره بالظروف المحيطة بالعملية التي كلف بها، ويوافيه بجميع المعلومات التي يهمه العلم بها[972] وأن يقدم له كل التفاصيل التي يتبين من خلالها وعلى نحو مضبوط، الطريقة التي أنجزت بها تلك المهمة[973] التي متى أتمها لزمه تقديم حساب مفصل عن كل ما أنفقه وما قبضه مؤيدا بالأدلة التي يقضي بها العرف أو طبيعة التعامل، ودفع كل ما تسلمه نتيجة الوكالة بالعمولة أو بمناسبتها[974].

971- يقترب من هذا المعنى في عمومه، ما ذكره المشرع في الفصل 905 من قانون الالتزامات والعقود:

"إذا تعيبت الأشياء التي تسلمها الوكيل لحساب الموكل أو ظهرت عليها بوادر العوار على نحو يمكن معه التعرف عليها من شكلها الخارجي، وجب على الوكيل إجراء ما يلزم للمحافظة على حقوق الموكل في مواجهة المكاري (صاحب النقل) أو غيره من المسؤولين.

وإذا كان في التأخير خطر، أو إذا حدث التعيب على نحو لا يستطيع الوكيل معه الانتظار ريثما يرجع إلى الموكل، فإنه يجوز للوكيل، بل يجب عليه عندما تقتضيه مصلحة الموكل، أن يعمل على بيع الأشياء بواسطة السلطة القضائية بعد إثبات حالتها، وعليه أن يخطر فورا الموكل بكل ما يكون قد أجراه".

972- من ذلك مثلا ما ينص عليه الفصل 906 من نفس القانون:

"على الوكيل أن يعلم الموكل بكل الظروف التي قد يكون من شأنها أن تحمله على إلغاء الوكالة أو تعديلها".

973- استقينا هذه الفكرة من جزء من الفصل 907 منه، حيث جاء فيه أنه:

"على الوكيل بمجرد إنهاء مهمته، أن يبادر بإخطار الموكل بها مع إضافة كل التفاصيل اللازمة التي تمكن هذا الأخير من أن يتبين على نحو مضبوط الطريقة التي أنجز بها الوكيل تلك المهمة.

وإذا تسلم الموكل الإخطار ثم تأخر في الرد أكثر مما تقتضيه طبيعة القضية أو العرف، اعتبر أنه أقر ما فعله الوكيل، ولو كان هذا الأخير قد تجاوز حدود وكالته".

974- لقد تم ذكر الالتزام بتقديم الحساب في الفصل 908 من قانون الالتزامات والعقود، الذي يفيد بأنه:

ب- الالتزامات المنبثقة عن عقد الوكالة بالعمولة خاصة

تثور في إطار عقد الوكالة بالعمولة مسألة مدى أحقية الوكيل بالعمولة في أن ينصب نفسه طرفا ثانيا في المهمة التي كلف بها، وكذا مدى حقه في الاحتفاظ بسرية اسم الغير الذي تعاقد معه.

والملاحظ، أن مدونة التجارة قد حسمت في الأمرين معا جاعلة من بين التزامات الوكيل بالعمولة عدم انضمامه إلى العملية المنوطة به كطرف ثان فيها، فضلا عن ضرورة الإفصاح لموكله عن أسماء الأغيار الذين تعاقد معهم.

فالالتزام الأول -الذي يتمحور حول عدم جواز تنصيب الوكيل بالعمولة نفسه طرفا ثانيا في العملية التي أوكل إليه أمر تنفيذها[975] ما لم يرخص له بذلك من قبل الموكل[976] تفاديا لنشوء تعارض بين مصلحة الأول والثاني- يجد أساسه في المادة 428 من مدونة التجارة التي جاء فيها بصريح العبارة أنه:

"لا يمكن للوكيل بالعمولة أن يجعل نفسه طرفا ثانيا في العملية إلا بالإذن الصريح للموكل"[977].

"على الوكيل أن يقدم لموكله حسابات عن أداء مهمته، وأن يقدم حسابا تفصيليا عن كل ما أنفقه وما قبضه مؤيدا بالأدلة التي يقتضيها العرف أو طبيعة التعامل، وأن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو بمناسبتها".

975- كأن يشتري لنفسه ما عهد إليه ببيعه، أو بيع بضاعة لمن أناط به أمر شرائها.

976- وإلا فإن العقد يكون هنا باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة الموكل، ولا يصح إلا بإجازته.

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص52.

977- غير أنه يستثنى من هذا المنع، ما يجيزه العرف التجاري، إذ جرى على قبول تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب موكلين اثنين، حسبما أوردته بعض الدراسات في الموضوع:

- محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص235.
- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص52.

أما الالتزام الثاني، فيتعلق بضرورة كشف الوكيل بالعمولة عن اسم المتعاقد الآخر معه للموكل. وهكذا، يمكن القول، إنه إذا كانت مصلحة الموكل تقتضي من الوكيل بالعمولة ألا يفصح للغير المتعاقد معه عن اسم موكله حفاظا على سرية العملية، بل وضمانا لنجاحها، فإنه يلزمه في المقابل أن يكشف لهذا الأخير عن أسماء الأغيار الذين تعاقد معهم عملا بمنطوق الفقرة الأولى من المادة 429 من مدونة التجارة التي تنص على أن:

"الوكيل بالعمولة ملزم بالكشف لموكله عن أسماء الأغيار الذين تعاقد معهم".

وكما يستشف مما سبق ذكره، أن الالتزامات التي يتحملها الوكيل بالعمولة، هي في نفس الوقت حقوق للموكل، تعززها مجموعة من الضمانات منها: تضامن الوكلاء بالعمولة، إذ يحق للموكل الرجوع على أي واحد من هؤلاء وطبعا الأكثرهم ملاءة؛ وضمان التنفيذ، حيث إن الأصل في عقد الوكالة بالعمولة أن مهمة الوكيل بالعمولة تنحصر عادة في القيام بالتصرف المكلف به دون أن يلتزم بضمان تنفيذ الغير لالتزاماته الناشئة عن العقد، لكن أحيانا ولتقوية ضمانات الموكل يمكن إدراج شرط الضمان في عقد الوكالة بالعمولة الشيء الذي يمكن الموكل من الرجوع على الوكيل بالعمولة أو الغير؛ إلى جانب المطالبة باسترداد البضاعة في حالة التسوية أو التصفية القضائية للوكيل بالعمولة شريطة[978] ألا يكون قد تم تسليمها لهذا الأخير.

978- وهذا الشرط لازم لتحقيق الضمان، لأنه إذا تم الإعلان عن التسوية أو التصفية القضائية للوكيل بالعمولة وبضائع الموكل موجودة في حيازة الوكيل بالعمولة، فإنه ينشأ تعارض بين مصلحة الموكل في الاسترداد ومصلحة جماعة الدائنين التي تستدعي إدخال البضائع ضمن أصول الوكيل بالعمولة.

ثانيا: آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة الغير

رأينا فيما تقدم، "أن الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله".

ويتضح من خلال معطيات هذا النص أن العقد المذكور يجمع بين ثلاثة أشخاص هم الموكل- كطرف أول - الذي يعهد إلى الوكيل - كطرف ثان- بالتعاقد باسمه الخاص مع الغير- كطرف ثالث- لحسابه هو، أي لحساب الموكل.

وهكذا، يبدو كأننا بصدد عقدين وليس أمام عقد واحد: عقد الوكالة بالعمولة، ثم العقد الذي يبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير[979].

وإذا كان من بديهيات الأمور القول بوجود علاقة مباشرة بين الموكل والوكيل بالعمولة تنظمها -كما هو معلوم- المقتضيات المتعلقة بالوكالة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، ناهيك عن القواعد الخاصة بها التي تحتضنها مدونة التجارة- وفق ما سبق بيانه- وعلاقة أخرى بين الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد معه، يحكمها العقد الناشئ بينهما[980] فإن التساؤل يطرح حول مدى وجود علاقة ما تربط هذا الأخير بالموكل؟

979- أنظر في هذا الشأن:
- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 60
- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص148.

980- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، نفس الصفحة المذكورة في الهامش السابق.
- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص149.

Scanné avec CamScanner

1- آثار عقد الوكالة بالعمولة بين الوكيل بالعمولة والغير

يمكن الاستدلال على علاقة الوكيل بالعمولة بالغير المتعاقد معه بكل من الفصل 920 من قانون الالتزامات والعقود، الذي ينص على أنه:
"إذا أبرم الوكيل العقد باسمه الشخصي، كسب الحقوق الناشئة عنه وظل ملتزما مباشرة تجاه من تعاقد معهم، كما لو كانت الصفقة لحسابه، ولو كان هؤلاء قد علموا بأنه معيرا اسمه، أو أنه وكيل بالعمولة".
والمادة 423 من مدونة التجارة التي تفيد بأنه:
"يكتسب الوكيل بالعمولة الحقوق الناتجة عن العقد، ويظل ملزما شخصيا نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم.
ويمكن للأغيار أن يحتجوا في مواجهته بجميع الدفوع الناتجة عن علاقاتهم الشخصية".

ويستفاد من ذلك، أن سائر الحقوق والالتزامات المتولدة عن العقد تنصرف مباشرة إلى ذمة الوكيل بالعمولة كما لو كانت الصفقة لحسابه، وذلك لكونه تعاقد باسمه الخاص مع الغير[981] علما بأنه لا يؤثر في هذا الحكم معرفة هذا الأخير لصفة الوكيل بالعمولة، أي كونه يتعامل في الحقيقة لحساب شخص آخر، نظرا لأن العبرة في قيام صلة مباشرة بين الوكيل بالعمولة والغير وترتب آثار العقد في ذمة الأول هي بتعاقده باسمه الخاص.

981- أما بخصوص الوكالة العادية، فإن المشرع ينص في الفصل 925 من قانون الالتزامات والعقود على أن:
"التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل وفي حدود وكالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه".

2- آثار عقد الوكالة بالعمولة بين الموكل والغير

على مستوى الفقه، أثارت علاقة الموكل بالغير المتعاقد معه نقاشا يتمحور حول أساس وجودها لاسيما وأن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص في مواجهة الغير ويكون هو الملتزم شخصيا إزاءه أما الموكل فيكون أجنبيا عنه.

وهكذا، ذهب البعض[982] إلى القول بعدم وجود أية علاقة مباشرة بين الموكل والغير، لأن النيابة منعدمة بينهما، مما لا يمكن معه لأي منهما الرجوع على الآخر بتنفيذ التزاماته، في حين يحق لهما ذلك في مواجهة الوكيل بالعمولة.

وفي اعتقاد البعض الآخر[983] أنه يمكن تأسيس علاقة الموكل بالغير انطلاقا من فكرة النيابة الناقصة، ومؤداها أنه إذا كان يصعب اعتبار الوكيل بالعمولة نائبا عن الموكل نظرا لتعاقده باسمه الخاص فإن هذا لا يعني أنه لا ينوب عنه بالمرة، وإنما هناك نيابة لكنها ناقصة تفيد بأن الوكيل بالعمولة يتعاقد لحساب موكله وأن الغير يعلم بأنه يخفي وراءه شخصا آخر، ومن ثم، فإن تعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير ينشئ علاقات متعددة بين طرفي الوكالة بالعمولة والغير لكنها ذات محل واحد مما يسمح بوجود علاقة بين الموكل والغير وإمكانية رجوع كل منهما على الآخر.

هذا باختصار عن التصور لدى بعض رجال الفقه القانوني بخصوص علاقة الموكل بالغير في عقد الوكالة بالعمولة، أما بالنسبة للمشرع المغربي، فإنه خرج على الأصل الذي يفترض معه عدم وجود علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة باعتبار

982- منهم:
- علي حسن يونس. العقود التجارية .طبعة سنة 1969. ص 153 وص 154.
983- من بينهم:
- سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 89.

أن هذا الأخير هو من يقوم بالتصرف القانوني باسمه الخاص، مما يجعله يكتسب الحقوق الناتجة عن العقد ويلتزم شخصيا نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم، كما يخول هؤلاء حق الاحتجاج في مواجهته بجميع الدفوع المترتبة على علاقاتهم الشخصية، الشيء الذي صرح به في المادة 423 من مدونة التجارة، فأجاز للموكل الرجوع مباشرة على الغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة لأن العقد أبرم لحسابه، ذاهبا - في الفقرة الأخيرة من المادة 429 من مدونة التجارة- إلى أنه:

"يجوز للموكل أن يقيم مباشرة ضد الأغيار جميع الدعاوى الناشئة عن العقد المبرم من طرف الوكيل بالعمولة على أن يتم استدعاء هذا الأخير" بينما لم يجز للغير مثل هذه الدعوى، بدليل قوله في ختام المادة 423 من المدونة:

"وليست لهم أية دعوى مباشرة ضد الموكل".

الفقرة الرابعة: انقضاء عقد الوكالة بالعمولة

من الملاحظ، أن المشرع لم يتول تحديد الأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء عقد الوكالة بالعمولة في كنف مدونة التجارة مما يجعل الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالوكالة المدنية المنصوص عليها في الفصول من 929 إلى 942 من قانون الالتزامات والعقود، أمرا لا محيد عنه، وذلك نزولا عند مقتضى المادة الثانية من مدونة التجارة التي اعتبرت القانون المدني مصدرا من مصادرها -بعد أعراف وعادات التجارة من حيث الترتيب- فيما لم يرد فيه نص في هذه الأخيرة، شريطة ألا تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية المقررة فيها، وعملا أيضا بالإحالة الصريحة من المشرع على القواعد المذكورة أعلاه المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 422 من المدونة.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن الوكالة بالعمولة تنتهي إما حسب الطريق المألوف وذلك بإنجاز العملية التي كلف بها الوكيل بالعمولة، أو بفوات الأجل الذي منحت لغايته، كما قد تنتهي لأسباب أخرى كاستحالة تنفيذها لأمر خارج عن إرادة المتعاقدين.

Scanné avec CamScanner

وبما أنها تعتبر من قبيل العقود التي ترتكز على الاعتبار الشخصي فإنها تنتهي بموت الموكل أو الوكيل أو حدوث تغيير في حالة أي منهما أفقده أهلية مباشرة حقوقه، كذلك بالنظر إلى كونها من العقود غير اللازمة، فإنه يمكن إنهاؤها بالإرادة المنفردة لأي منهما عن طريق العزل مثلا أو التنازل استنادا إلى مبررات مقبولة تحت طائلة مطالبة الطرف المهني للعقد بالتعويض فيما لو ثبت أنه تعسف في استعمال هذا الحق فأصاب الطرف الآخر بالضرر.

أولا: انقضاء عقد الوكالة بالعمولة لأسباب تتعلق بتنفيذه

مما لا شك فيه، أن تنفيذ الوكيل بالعمولة التي عهد إليه من لدن الموكل واستيفاءه مقابل القيام بهذا الأجرة وسائر المستحقات الأخرى المقررة له قانونا، يعد الطريق الطبيعي لانقضاء عقد الوكالة بالعمولة لأنه بذلك يكون قد استنفذ آثاره.

كما ينقضي باستحالة تنفيذ محله بعد نشوئه لسبب لا دخل لإرادة الطرفين فيه استحالة مطلقة كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي[984] أو بفوات الأجل الذي منحت الوكالة لغايته[985] -ولو لم يتم العمل الذي كلف به الوكيل بالعمولة[986]- أو كذلك بإقدام أحدهما على فسخه[987].

984- أنظر في هذا الصدد الفصلان 268 و269 من قانون الالتزامات والعقود.

985- أنظر الفصل 929 من نفس القانون.

986- في هذا المعنى، ورد في إحدى الدراسات أن الوكيل يستحق أجرته عما أنجزه من أعمال خلال فترة سريان الوكالة إذا كان قد شرع في تنفيذ هذا العمل وانقضت وكالته قبل إتمامه بانقضاء مدتها.

- سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 114.

987- كما أوضحه الفصل 942 من نفس القانون فإنه:

"إذا فسخ الموكل أو الوكيل العقد بغتة، وفي وقت غير لائق ومن غير سبب معتبر ساغ الحكم لأحدهما على الآخر بالتعويض عما لحقه من ضرر، ما لم يتفق على غير ذلك.

Scanné avec CamScanner

ثانيا : انقضاء عقد الوكالة بالعمولة لأسباب تخص المتعاقدين

إن الأسباب التي نقصدها من العنوان أعلاه، والتي تطرق إليها المشرع المغربي في الفصول من 931 إلى 941 من قانون الالتزامات والعقود، تتمثل في إلغاء الوكالة، والتنازل عنها، وعزل الوكيل، ثم موت الموكل أو الوكيل أو حدوث تغيير في حالة أي منهما.

وهكذا، وانطلاقا من تلك القواعد يمكن القول إن إلغاء الوكالة حق يتمتع به الموكل ويخوله إنهاءها في أي وقت شاء شريطة موافقة الوكيل أو الوكلاء في حالة تعددهم.

وهو لا يتوقف على صدوره صراحة، وإنما يعتد به حتى ولو كان ضمنيا، لكن إذا تطلب القانون شكلا خاصا لإنشاء الوكالة وجب مراعاته أيضا عند إلغائها، وإذا ورد كتابة أو عن طريق وسيلة من وسائل الاتصال، فإنه لا ينتج أثره إلا من وقت توصل الوكيل به، كما أنه لا يحتج به في مواجهة الغير الحسني النية الذين تعاقدوا مع الوكيل قبل علمهم بحصوله، أما الموكل فيمكنه الرجوع على هذا الأخير[988].

وللموكل – سواء في الوكالة العادية أو الوكالة بالعمولة– الحق في عزل الوكيل ومن ثم إنهاء العقد بإرادته المنفردة في الحدود المرسومة في القانون المدني، علما بأنه لا يجوز للموكل أن يتعسف في ممارسة هذا الحق بأن يعزل الوكيل مثلا في وقت غير مناسب أو بدون

والقاضي هو الذي يحدد التعويض في وجوده ومداه وفقا لطبيعة الوكالة وظروف التعامل وعرف المكان".

988- أنظر الفقرتان 1 و 2 من الفصل 931 والفصل 932 والفقرة 1 من الفصل 933 ثم الفصل 934 من قانون الالتزامات والعقود.

عذر مقبول، تحت طائلة التعويض عن الضرر الذي يلحق الوكيل من جراء ذلك[989].

ويترتب عن عزل الوكيل الأصلي عزل نائبه ما لم يكن هذا الأخير قد عين بإذن الموكل أو كانت للوكيل الأصلي صلاحيات تامة في التصرف، أو كان مأذونا في أن يحل غيره محله.

وفي المقابل، يجوز للوكيل التنازل عن الوكالة بعد إخطار الموكل وكذا بعد اتخاذه سائر الإجراءات اللازمة للمحافظة على مصالحه -أي الموكل- إلى أن يتمكن من رعايتها بنفسه، وإلا فإنه يسأل عن الضرر الذي ينتج عن تنازله.

وتنقضي الوكالة بالعمولة بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل بالعمولة من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه -التي تعتبر عنصرا لازما سواء عند انعقاد العقد، أو في الوقت الذي يباشر فيه الوكيل بالعمولة التصرف لحساب الموكل- أو كذلك بموت الوكيل أو الموكل ونحو ذلك، وبديهي أن ينقضي العقد تلقائيا بأي سبب من هذه الأسباب لأن من خصائصه كونه يقوم على الاعتبار الشخصي.

وقياسا على القواعد العامة، فإن وفاة الموكل أو حدوث تغيير في حالته ينهي مبدئيا وكالة الوكيل بالعمولة الأصلي ووكالة نائبه.
غير أن التصرفات التي أجراها مع المتعاقد معه تظل صحيحة إذا كانا يجهلان وفاة الموكل، وإذا كان قد بدأ العمل، وجب عليه أن يتمه في حدود ما هو ضروري، وأن يتخذ كل ما تقتضيه الظروف من إجراءات للحفاظ على مصلحة الموكل إذا لم يكن له وارث يتمتع بالأهلية لمباشرة

989- يتعين على الموكل أن يخطر وكيله بالعزل وإلا كان مسؤولا عن التصرفات التي أجراها وهو غير عالم بالعزل غير أن الأمر لا يتطلب اتباع الموكل لأي شكل معين إعلام الوكيل بالعزل، بل يكفي وصول العلم إليه بأية طريقة.
- سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 117.

Scanné avec CamScanner

هذا التصرف، ويحق في هذه الحالة للوكيل بالعمولة استرداد ما انفقه من مصروفات لتنفيذ الوكالة.

وإذا توفي الوكيل بالعمولة، فإنه يتعين على ورثته إن كانوا على علم بالوكالة أن يشعروا الموكل بذلك وأن يحافظوا على الوثائق والمستندات التي تخص الموكل.

Scanné avec CamScanner

الفصل الثاني
العقـود البنكيـة والتمويليـة

ربما لا يخفى على أحد المكانة المرموقة التي تمثلها البنوك كونها تعد دعامة أساسية في تمويل مختلف القطاعات، وهيئة فاعلة- إلى جانب المؤسسات المالية الأخرى- في تطوير أدواته وذلك من خلال نوعية العمليات والخدمات التي تتولى تقديمها وفق تقنيات خاصة بها، والدور الذي تقوم به في المجتمع المعاصر من حيث التأثير على مختلف جوانب الحياة الاقتصادية، ذلك أنها زيادة على وظائفها التقليدية أصبحت هي الأجهزة المتخصصة في مجال الائتمان[990] -إلـى جانب

990- تعتبر مؤسسات للائتمان في حكم المادة 1 من الظهير الشريف رقم 1.14.193 الصادر في 24 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها:
"الأشخاص الاعتبارية التي تزاول نشاطها في المغرب أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيريها والتي تزاول بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية:
- تلقي الأموال من الجمهور.
- عمليات الائتمان.
- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها.
وللإشارة، فإن القانون المذكور أعلاه، تطرق تباعا إلى:
1- تلقي الأموال، في المادة 2 منه.
2- عمليات الائتمان، في المواد من 3 إلى 5.
3- وسائل الأداء، في المادة 6.
كما ساق في المادة 7 بعض العمليات المرتبطة بنشاط مؤسسات الائتمان والتي يجوز لها القيام بها.
وألمح في المادتين 8 و9 إلى عمليات أخرى يمكن أن يؤذن لها بإجرائها.
وبعد أن نص في المادة 10 على أن مؤسسات الائتمان تشمل صنفين من المؤسسات: البنوك وشركات التمويل، أكد في المادة 12 على إمكانية ممارسة البنوك لسائر الأنشطة الواردة في المواد 1 و7 و16 من القانون رقم 103.12 وتلقي الأموال من الجمهور تحت الطلب أو لأجل يساوي أو يقل عن سنتين، خلافا لشركات التمويل التي لا يسوغ لها أن تقوم من ضمن تلك العمليات إلا ما تم

شركات التمويل- وكذا مراكز التحكم في حركة التبادل التجاري وذلك بالنظر إلى ما تتوفر عليه من قدرات على تمويل المشاريع وتسهيل المعاملات، هذه القدرات التي تتأثر بمجموعة من العوامل في مقدمتها الأزمات المالية.

وفي هذا السياق، فإن الأزمات المالية التي شهدتها مجموعة من دول العالم مؤخرا، دعت إلى إعادة ترتيب الأساس الفلسفي والإطار المرجعي للقوانين المعتمدة في المجال المالي عموما والبنكي على وجه الخصوص، وإرساء منطلق جديد في التعامل مع التحولات المالية.

وهكذا، بتاريخ 24 يوليوز 2012 تم وضع مشروع القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها[991]-الذي كما يتجلى من مذكرته التقديمية- يهدف بالأساس إلى وضع الآليات الضرورية للوقاية من الأزمات المالية وتدبيرها، وتعزيز الرقابة على أنشطة مؤسسات الائتمان، وخلق شروط تطابق النظام البنكي المغربي مع المعايير والمواصفات المعمول بها على المستوى الدولي.

وفي 24 دجنبر 2014، خرج إلى الوجود الظهير الشريف رقم 1.14.193 الصادر بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الجاري به العمل حاليا، وذلك بعد مخاض شاق، علما أن مجال التشريع شهد إصدار نصوص أخرى تهم المالية الإسلامية، من قبيل تضمين صكوك الاستثمار المطابقة للشريعة في تعديل القانون المنظم لعمليات التسنيد، وتتميم القانون المنظم للمجلس العلمي الأعلى بتأسيس اللجنة الشرعية للمالية التشاركية المنبثقة عن

التنصيص عليه في مقررات اعتمادها، أو عند الاقتضاء ما تخوله لها النصوص التشريعية أو التنظيمية الخاصة بها.
أما فيما يتعلق بتلقي الأموال من الجمهور فإنه يجوز لها ذلك استثناء، لكن لأجل يفوق سنة واحدة.

991- هذا المشروع الذي نشرته الأمانة العامة للحكومة بتاريخ 4 شتنبر 2012 تحت رقم 103.12.

Scanné avec CamScanner

المجلس العلمي الأعلى، كما صدرت مذكرات بنك المغرب بشأن تحديد كيفيات وشروط اعتماد البنوك التشاركية.

وإلى جانب مجموعة من المقتضيات الجديدة التي جاء بها هذا القانون، نجده قد أفرد القسم الثالث منه[992] لنوع آخر من البنوك انضاف إلى البنوك التقليدية والبنوك الحرة[993] أطلق عليه تسمية:"البنوك التشاركية".

والبنوك التشاركية في مدلول هذا القانون[994] عبارة عن أشخاص اعتبارية مؤهلة لمزاولة الأنشطة الواردة في المواد 1 و 55 و 58 منه[995]

992- أي المواد من 54 إلى 70.
993- تندرج البنوك الحرة، ومؤسسات الأداء، وجمعيات السلفات الصغيرة والتجمعات المالية، وصندوق الإيداع والتدبير، وصندوق الضمان المركزي. هيئات معتبرة في حكم مؤسسات الائتمان طبقا للمادة 11 من القانون البنكي لسنة 2014.
994-أنظر المادة 54 منه.
995- تنص المادة 1 من الظهير الشريف الصادر في 24 دجنبر 2014 على ما يلي:
"تعتبر مؤسسات للائتمان الأشخاص الاعتبارية التي تزاول نشاطها في المغرب أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيريها، والتي تزاول بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية:
- تلقي الأموال من الجمهور؛
- عمليات الائتمان؛
- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها".
وتقضي المادة 55 بما يلي:
"تؤهل البنوك التشاركية لتلقي الودائع الاستثمارية من الجمهور والتي يرتبط عائدها بناتج الاستثمارات المتفق عليها مع العملاء".
وجاء في المادة 58 أنه:
"يمكن للبنوك التشاركية أن تمول العملاء بواسطة المنتوجات التالية على الخصوص:
أ- المرابحة....
ب- الإجارة...
ج- المشاركة...

Scanné avec CamScanner

وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتيادية بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62 شريطة ألا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها أعلاه إلى تحصيل أو دفع فائدة أو هما معا.

وهي مؤهلة أيضا لتلقي الودائع الاستثمارية من الجمهور[996] كما يمكنها مزاولة العمليات المرتبطة بأنشطتها، والمبينة في المواد 7 و 8 و 9 و16 من هذا القانون مع مراعاة أحكام النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال ووفق نفس الشروط الواردة في المادة 54 [997].

هذا فضلا عن أنه يجوز لها أن تمول زبناءها بواسطة منتوجاتها التي تتمثل في كل من المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والاستصناع[998] بل وبواسطة أي منتوج آخر لا يتعارض مع الشروط

د- المضاربة...
هـ- السلم...
و- الاستصناع..."

996- عملا بالمادة 55 منه.
ويقصد بالودائع الاستثمارية وفقا للفقرة 1 من المادة 56 منه:
"الأموال التي تتلقاها البنوك التشاركية من لدن عملائها من أجل توظيفها في مشاريع استثمارية ووفقا للكيفيات المتفق عليها بين الأطراف".

997- تبعا لما ورد في المادة 57.

998- لقد ورد تعريف تلك المنتوجات في المادة 58 منه تباعا كالآتي:
أولا: المرابحة هي:" كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منقولا أو عقارا محددا وفي ملكيته لعميله بتكلفة اقتنائه مضاف إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقا.
يتم الأداء من طرف العميل لهذه العملية تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين".
ثانيا: الإجارة هي:"كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي عن طريق الإيجار، منقولا أو عقارا محددا وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانونا.
تكتسي الإجارة أحد الشكلين التاليين:
1- إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط.

Scanné avec CamScanner

الواردة في المادة 54، الذي تحدد مواصفاته التقنية وكيفيات تقديمه إلى العملاء بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى، كما يجوز لها تقديم أي منتوج آخر لعملائها شريطة الحصول على الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس المذكور[999].

2- إجارة منتهية بالتمليك عندما تنتهي الإجارة بتحويل ملكية المنقول أو العقار المستأجر للعميل تبعا للكيفيات المتفق عليها بين الطرفين".
ثالثا: المشاركة هي: "كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح.
يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم وفي الأرباح حسب نسب محددة مسبقا بينهم.
تكتسي المشاركة أحد الشكلين التاليين:
1- المشاركة الثابتة: يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء العقد الرابط بينهم.
2-المشاركة المتناقصة: ينسحب البنك تدريجيا من المشروع وفق بنود العقد".
رابعا: المضاربة هي:" كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية "رب المال" تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين "مضارب" يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين، ويتحمل المقاول أو المقاولين المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع.
يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف، ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب".
خامسا: السلم هو: "كل عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغا محددا للمتعاقد الأخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في أجل".
سادسا: الاستصناع هو : "كل عقد يشترى به شيء مما يصنع، يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين.
وتحدد المواصفات التقنية لهذه المنتوجات وكيفيات تقديمها إلى العملاء بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا للمقتضيات المادة 62 أدناه".
999- عملا بكل من الفقرة الأخيرة من المادة 58 والمادة 59.

وتحقيقا لمبدأ مراعاة المقتضيات الواردة في هذه الأخيرة، فإن هذا القانون نص على إحداث هيئات تدعى "هيئات المطابقة" وأوجب على البنوك التشاركية رفع تقرير تقييمي- عند نهاية كل سنة محاسبية- إلى المجلس العلمي الأعلى، حول مطابقة عملياتها وأنشطتها للآراء بالمطابقة الصادرة عن هذا الأخير، وإحداث وظيفة للتقيد بآرائه من ضمن ما تقوم به التعرف على مخاطر عدم مطابقة عملياتها وأنشطتها للآراء بالمطابقة التي يصدرها، ومراقبة احترامها، واحترام المساطر الواجب اتباعها، كما استلزم عليها رفع تقرير إلى بنك المغرب حول مطابقة نشاطها لمقتضيات هذا القسم.

وعلى غرار البنوك الأخرى، أكد هذا القانون على ضرورة انضمام البنوك التشاركية هي الأخرى إلى "الجمعية المهنية" المشار إليها في المادة 32 منه، وإحداث "صندوق لضمان الودائع" من أجل تعويض المودعين لديها في حالة عدم توفر ودائعهم أو الأموال الأخرى القابلة للإرجاع[1000].

ونعتقد أن المشرع، يتطلع من خلال إحداثه مؤخرا للبنوك التشاركية-بعد أن كان قد وضع لبنة في هذا المجال في سنوات مضت- الدخول في تجربة خاضتها منذ أمد بعيد مجموعة من الدول تحت اسم "المصارف الإسلامية" أو "البنوك الإسلامية"[1001] التي ظهرت لتكرس

1000- من أجل ضمان حقوق المودعين، أحدث المشرع المغربي صندوقا جماعيا لضمان الودائع يتولى تدبيره بنك المغرب، وقد أشار إليه في المواد من 128 إلى 142 من ظهير 24 دجنبر 2014، التي يستفاد من بعض مقتضياتها، أن وظيفته تتمثل أساسا في "تعويض المودعين، في حالة عدم توفر ودائعهم، أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع، وكذا تقديم مساعدات قابلة للإرجاع على وجه الاحتياط والاستثناء لفائدة مؤسسة ائتمان في وضعية صعبة أو المساهمة في رأسمالها".

1001- البنوك الإسلامية في كلمة وجيزة، هي عبارة عن مؤسسات مالية مصرفية لتجميع الأموال وتوظيفها وتقديم الخدمات المصرفية بما لا يخالف الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وبما يخدم المجتمع وعدالة التوزيع، وذلك بوضع المال في مساره الإسلامي السليم.

عن طريق ممارستها لمختلف العمليات والخدمات البنكية، مبدأ المشاركة في الربح والخسارة ومنع التعامل بالفائدة انطلاقا من تحريم الشـريعة للربا.

وفي سياقها العام، تتمحور أهداف المصارف الإسلامية، حـول الالتزام بمقاصد الشريعة الإسلامية، واستخدام وسائل في العمل تـتلاءم معها من أجل تحقيق نقلة اقتصادية ومالية واجتماعية وسلوكية مـن منظور إسلامي، الشيء الذي يساهم في التنمية وفق المقاصد والمعايير الشرعية.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، جاء القانون رقم 103.12 أيضا في إطار تعزيز متطلبات الحكامة الجيدة للقطاع البنكي بمجموعة مـن المقتضيات تتعلق بتعيين أعضاء مستقلين فـي المجـالس الإداريـة لمؤسسات الائتمان وبتمثيلهم في هيئات المراقبة، ويتعلق الأمـر علـى وجه الخصوص، بضرورة إحداث لجنة تدقيق تتكلف بتقييم إجـراءات المراقبة الداخلية، وإحداث لجنة للمخاطر تختص بتتبع عمليات المطابقة وتدبير المخاطر.

وتنطلق هذه المؤسسات في عملياتها الاستثمارية ملتزمة بأسس وأركان الاقتصاد الإسلامي.
- عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسـلامية: التجربـة بـين الفقـه والقـانون والتطبيق. الطبعة الأولى. سنة 2000. ص 27.

ومن الدراسات أيضا التي انصبت على هذا الموضوع: "البنوك الإسلامية" نـذكر على سبيل المثال:
- محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، الطبعة الثامنة. سنة 1983.
- نصر الدين فضل المولى محمد، المصارف الإسلامية: تحليل نظري ودراسة تطبيقية على مصرف إسلامي، الطبعة الأولى. سنة 1985.
- جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقييد والاجتهاد والنظرية والتطبيق، كتاب الأمة، العدد 13 الطبعة الأولى. سنة 1986.
- عبد الحليم عويس، الطريق إلى اقتصاد إسلامي، الطبعة الأولى. سنة 1987 .
- عبد السميع المصري، المصرف الإسلامي علميا وعمليا، طبعة سنة 1988.
- علال الخياري، الاقتصاد الإسلامي، طبعة سنة 1988.

Scanné avec CamScanner

وعلى العموم، فإن البنوك على مختلف أنواعها تشكل مع شركات التمويل ما يسمى "بمؤسسات الائتمان" ومن بين شركات التمويل التي ستكون حاضرة معنا أثناء دراستنا للمبحث الثاني من هذا الفصل شركة الائتمان الإيجاري للمنقول، خاصة منها شركة Maghrebail.

Scanné avec CamScanner

المبحث الأول
العقـــود البنكيـــة

بمناسبة مزاولتها للنشاط المقرر لها، تنهض البنوك بالعديد من الأعمال والخدمات تعرف "بعمليات البنوك" أو "العمليات المصرفية" وهي عمليات تتسم بالتعدد والتنوع لكن تجمع فيما بينها على العموم قواسم مشتركة، منها أنها وليدة أعراف وعادات دأبت البنوك على اتباعها في معاملاتها، وتم تكريس أغلبها في نصوص تشريعية.

كما أنها تتميز بقيامها على الاعتبار الشخصي الذي ينعكس أثره بشكل واضح على منح الائتمان للزبناء، بحكم أن الثقة المتبادلة هي أساس العلاقة بين البنك وهؤلاء مما يجعل كلا منهما يقبل التعاقد مع الآخر، وأنها ذات طابع نمطي، إذ أن معظمها يتم بأسلوب موحد في شكل نموذج أو صيغة تعاقدية يضعها البنك سلفا لكل عملياته ويلتزم بها في تعامله مع زبنائه، وأنها تجارية بنص القانون[1002] بالنسبة للبنك، أما بالنسبة للزبون، فالأصل ألا تكون كذلك إلا إذا كان هذا الأخير تاجرا وقام بها لحاجات تجارته. ناهيك عن أنه مع ازدهار التجارة الدولية أصبحت الأنظمة الخاصة ببعض العمليات البنكية تكتسي طابعا دوليا لاسيما وأن المعاهدات تعتبر من المصادر الدولية للقانون البنكي.

1002- في هذا الصدد ينص المشرع في البند 7 من المادة 6 من مدونة التجارة على ما يلي:
"مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في السجل التجاري، تكتسب صفة التاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:
1-...
...
7- البنك والقرض والمعاملات المالية".
وتعتبر عمليات البنوك، من الأنشطة التجارية التي لها علاقة بالخدمات المالية شأنها في ذلك شأن عمليات التأمين والعمليات التي تباشرها شركات البورصة وشركات التمويل.

Scanné avec CamScanner

وعموما، فإن الأنشطة البنكية عرفت تطورا كبيرا في العصر الحاضر، بعد أن صارت تضطلع بها مقاولات تجارية كبرى توظف إمكانات مالية ضخمة وتستعمل تجهيزات وتقنيات ووسائل حديثة أسفرت عنها الثورة التكنولوجية التي جعلتها تستعيض عن الكثير من خدماتها وعملياتها التقليدية بأخرى إلكترونية[1003].

واعتبارا لأهميتها، فإن مزاولتها لم تعد تتصور سوى في شكل احترافي منظم داخل إطار قانوني[1004] تبسط عليه الجهات المختصة مراقبتها[1005].

1003- كان من الطبيعي أن تؤثر ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلوميات التي أدخلت العالم إلى عصر العولمة وتدويل الإنتاج على البنوك التي أصبحت تكثف جهودها لتوظيف كافة إمكاناتها لإرضاء زبنائها وإشباع حاجاتها.

1004- إن الأنشطة البنكية لا يمكن مباشرتها في بلادنا إلا بناء على ترخيص بذلك من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالمالية يمنح بعد التأكد من توفر طالبه على الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها من ذلك ما ورد في المادة 34 منه، حيث يجب على كل شخص اعتباري – قبل مزاولة أنشطته في المغرب– سواء كان مؤسسة ائتمان أو جمعية للسلفات الصغيرة، أو بنكا حرا أو مؤسسة أداء، أن يكون معتمدا سلفا من والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، وأن يوجه طلبات الاعتماد لمزاولة النشاط كمؤسسة ائتمان في شكل بنك أو شركة تمويل أو كمؤسسة أداء إلى بنك المغرب الذي يتأكد من مجموعة من المعطيات لاسيما تقيد الشخص الاعتباري طالب الاعتماد بأحكام المواد 35 و 36 و 37 و 38 و 44 من هذا القانون.

1005- من ضمن الاختصاصات الموكولة إلى الوزارة الوصية على القطاع البنكي إعداد سياسية الدولة في المجالات المالية والنقدية والقرض والمالية الخارجية وترشيد القطاع العام وخوصصة المنشآت العامة وتتبع تنفيذها وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية المعمول لها.

ولهذا الغرض، يعهد إليها بالخصوص –في شخص وزيرها– بممارسة الوصاية على الأبناك والهيئات المالية وهيئات القرض والسوق المالية وإبداء الرأي في جميع المسائل التي يترتب عليها أثر مالي في الموجودات الخارجية.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه من المهام الأساسية المنوطة ببنك المغرب – الذي وضع نظامه الأساسي بناء على الظهير الشريف رقم 1.05.38. الصادر في

Scanné avec CamScanner

23 نونبر 2005 بتنفيذ القانون رقم 76.03 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب – المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006، ص 427– إصدار الأوراق البنكية والقطع النقدية الرائجة قانونيا في المملكة، وتحديد أدوات السياسة النقدية، والسهر على حسن سير السوق النقدية ومراقبتها وإعداد ونشر الإحصاءات المتعلقة بالعملة والائتمان، وتحديد قيمة الدرهم مقابل العملات الأجنبية في إطار نظام الصرف وسعر تعادل الدرهم، كما أنه يتحقق من حسن سير النظام البنكي ويسهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بنشاط ومراقبة مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، إلى غيرها من المهام الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون باعتباره مستشارا ماليا للحكومة وممثلا لها لدى المؤسسات المالية والنقدية الدولية، ووكيلا للخزينة ومشاركا في التفاوض حول الأوفاق المالية الدولية، بل ويمكن تكليفه بتنفيذها، أو إبرام الاتفاقيات الضرورية للتنفيذ التقني لها.
وبالرجوع إلى القانون رقم 103.12 المشار إليه سابقا، نجده ينص في الفقرات 1 و2 و3 من المادة 80 منه على ما يلي:
"يعهد إلى بنك المغرب بمراقبة تقيد مؤسسات الائتمان بأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.
ويتأكد من تناسب التنظيم الإداري والمحاسبي ونظام المراقبة الداخلية للمؤسسات المذكورة، ويسهر على جودة وضعيتها المالية.
وفي هذا الإطار، يؤهل بنك المغرب لإجراء مراقبة في عين المكان ومراقبة وثائق المؤسسات المشار إليها أعلاه بواسطة مأموريه أو أي شخص آخر ينتدبه الوالي لهذا الغرض".
وعلاقة بالمراقبة الداخلية، يمكن استحضار قرار لوزير المالية والخوصصة رقم 1667/07 الصادر في 23 غشت 2007 بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب رقم 40/G/2007 –المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5581 في 26 نونبر 2007، ص 3649– الذي استلزم على مؤسسات الائتمان أن تضع نظاما للمراقبة الداخلية وفقا للشروط المنصوص عليها في هذا المنشور، يتمثل في مجموعة من الأجهزة – الإدارة العامة أو مجلس الإدارة الجماعية أو أي هيئة أخرى مماثلة – بهدف ضمان القيام باستمرار بالتحقق من العمليات والمساطر الداخلية، وقياس المخاطر والتحكم فيها ورقابتها، وضمان ظروف موثوق منها لتجميع المعطيات المحاسبتية والمالية ومعالجتها ونشرها وحفظها، ونظام فعالية قنوات النشر الداخلي للوثائق والمعلومات ونشرها لدى الغير.

وما يعنينا من تلك الأنشطة هو ما يأتي في صيغة عقود تسمى بالعقود البنكية، التي بمناسبة إعداد مدونة التجارة، وجدها المشرع فرصة مواتية ليتناولها بالتنظيم حيث أفرد لها جزءا مهما من المقتضيات في إطار القسم السابع من الكتاب الرابع – أي في المواد من 487 إلى 544 – في ثمانية أبواب تشتمل على التوالي على: الحساب البنكي، وإيداع النقود، وإيداع السندات، والتحويل، وفتح الاعتماد والخصم، وحوالة الديون المهنية، ثم رهن القيم.

ومن الناحية النظرية، يمكن تصنيف هذه العقود ضمن طائفتين رئيسيتين الأولى هي العقود المتعلقة بالإيداع والخدمات البنكية، والثانية هي العقود المرتبطة بالائتمان البنكي وضماناته[1006].

1006- وهو ما عبر عنه أحد رجال الفقه القانوني بقوله:
"تنقسم عمليات البنوك إلى نوعين: العمليات المتعلقة بتلقي الودائع من الزبناء والعمليات المتعلقة بمنح الائتمان وتوزيعه.
ويراعى أن جميع هذه العمليات قلما تتم بصورة منفردة، بل الغالب أن تتخذ في تسويتها شكل حسابات مع الزبناء".
– محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 304.

Scanné avec CamScanner

المطلب الأول
عقود الإيداع والخدمات البنكية

مما لا شك فيه أن الحساب البنكي يعتبر الأرضية التي ترتكز عليها العمليات البنكية إذ هو القطب المركزي الذي تدور حوله مختلف العمليات التي يجريها البنك مع زبونه، كما تبرز الوديعة النقدية كأهم صورة للإيداع البنكي وأكثرها شيوعا في علاقة البنك مع زبونه، علما أن هناك صورا أخرى لعملية تلقي الودائع من العموم إلا أنه يطغى عليها أحيانا طابع الخدمات البنكية[1007] كما هو الأمر مثلا بالنسبة لإيداع السندات والتحويل البنكي.

الفقرة الأولى : الحساب البنكي

يشكل الحساب البنكي القطب المحوري الذي تدوره حوله مختلف العمليات التي يجريها البنك مع زبنائه، ذلك أن تسويتها لئن كانت تتم أحيانا فورا ونقدا عن طريق الشباك، إلا أن الصورة الغالبة فيها أن تحصل بواسطة الحساب الذي يدخل في قائمة العقود البنكية، والذي وضع له المشرع قواعد تنظمه في إطار الكتاب الرابع من مدونة

1007- علاوة على خدمات الصندوق تقوم البنوك بتقديم العديد من الخدمات الأخرى مقابل عمولات يؤديها الأشخاص المستفيدون منها، أو مجانا وذلك بالنسبة لخدمات فتح الحساب، ومنح دفتر الشيكات، وفتح حساب على الدفتر، وتوطين الأجر، وطلب شهادة كشف الحساب، وإيداع مبلغ مالي، وإعفاء عملية إيداع الأموال وسحبها من الرسم الضريبي ما عدا شيك الصندوق، وسحب الأموال بواسطة الحساب على الدفتر، والسحب عن طريق البطاقة البنكية، وتحويل الأمر بالأداء في نفس المؤسسة البنكية، واستقبال الحوالات البنكية الوطنية، وإرسال كشف الحساب، وافتحاص كشف الحساب بواسطة بطاقة الشباك الأوتوماتيكي وتغيير المعلومات والبيانات الخاصة بصاحب الحساب، والتي وردت في دورية والي بنك المغرب الصادرة بتاريخ 3 ماي 2010 تحت رقم G/1/10 طبقا لقرار لجنة مؤسسة القروض المنعقدة بتاريخ 6 أبريل 2010.

Scanné avec CamScanner

التجارة كما خصه ببعض المقتضيات في القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها.

غير أن هذا لا يعني أن علاقته بالقانون المدني قد انفصمت، بل على الرغم من أنه يعد عقدا تجاريا تحكمه قواعد القانون التجاري وتخضع النزاعات الناشئة عنه لاختصاص المحكمة التجارية، إلا أن قواعد القانون المدني ما زالت حاضرة في بعض جوانبه، ناهيك عن العادات والأعراف البنكية التي لها نصيب في تنظيمه.

أولا : فتح الحساب البنكي

يعد الحساب البنكي "أداة لتسوية العمليات التي تتم بين البنك وزبونه، حيث يمكن لهما استعمالها للوفاء بديونهما المتقابلة بكيفية تشبه عملية الوفاء بالمقاصة".[1008]

وهو لئن كان يفتح[1009] في الأصل لإيداع النقود لدى البنك إلا أنه غالبا ما يوظف كوسيلة لإجراء العديد من العمليات البنكية الأخرى.

وهولا يمكن أن يفتح من لدن أحد البنوك المعتمدة إلا لفائدة أشخاص طبيعيين أو معنويين حقيقيين[1010] أي يتمتعون بالشخصية القانونية الشيء الذي يفسر كون المشرع وضع على عاتق المؤسسة البنكية واجب

1008- امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 15.

1009- أنظر بخصوص فتح الحساب البنكي:

- Mimoun charqi. Droit Bancaire Marocain. Edition 2004.P 17-18 Collection banque et entreprise.

1010- يتضح من المادة 151 من القانون رقم 103.12 أنه يجب أن تبرم في شأن فتح كل حساب تحت الطلب أو حساب لأجل أو حساب للسندات، اتفاقية مكتوبة بين مؤسسة الائتمان والعميل - تسلم نسخة منها لهذا الأخير- وتحدد اتفاقية نموذجية الشروط الدنيا المضمنة في اتفاقية الحساب بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان.

التحقق قبل فتح أي حساب من مجموعة من المعطيات التي تخص هؤلاء[1011].

فالحيطة لازمة قبل الإقدام على فتح الحساب البنكي، بحيث ان كل تقصير من المؤسسة البنكية في هذا الإطار يمكن أن يرتب مسؤوليتها المدنية تجاه المتضرر من جراء إحدى العمليات التي يقوم بها صاحب الحساب البنكي المفتوح لديها.

والجدير بالإشارة، أن المشرع يتطلب بالنسبة لفئات معينة من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، ضرورة إيداع الأموال الناتجة عن بعض التصرفات أو العمليات في حساب بنكي، بل ان مدونة التجارة تفرض على التجار فتح حساب في مؤسسة بنكية أو في مركز الشيكات البريدية لأغراضهم التجارية، عملا بما تنص عليه المادة 18 منها.

1011- وللإشارة، فإنه بتاريخ 23 غشت 2007 صدر قرار لوزير المالية والخوصصة رقم 07.1668 بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب 41/ G / 2007 الصادر بتاريخ 23 غشت 2007 يتعلق بواجب اليقظة المفروض على مؤسسات الائتمان. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5581. بتاريخ 26 نوبر 2007. ص 3671. والذي خص المواد من 3 إلى 14 لتحديد هوية العملاء.

وفي فاتح يوليوز 2013 صدر قرار لوزير الاقتصاد والمالية رقم 2467 بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب رقم 12/ و/2 بتاريخ 18 أبريل 2012 المتعلق بواجب اليقظة المفروض على مؤسسات الائتمان. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6178 في 15 غشت 2013.ص 5776.

وفي نفس السياق صدر الظهير الشريف رقم 1.07.79 بتاريخ 17 أبريل 2007 بتنفيذ القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5522 بتاريخ 3 ماي 2007. ص 1959. كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 145.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.54 بتاريخ 2 ماي 2013. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6148 بتاريخ 2 ماي 2013. ص 3641. وكذا تغييره بمقتضى المادة 127 من القانون رقم 19.14 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي- الذي أفرد المواد من 3 إلى 8 منه لالتزامات اليقظة المفروضة على مؤسسات الائتمان.

Scanné avec CamScanner

ومثلما يعتبر فتح الحساب البنكي حقا للأشخاص، فإن البنك كتاجر يحترف مزاولة النشاط البنكي، يحظى بحق اختيار زبنائه، ومن ثم يمكن له استنادا إلى اعتبارات يرتئيها معقولة، رفض أي علاقة يجد أنها قد ترتب مسؤوليته على بعض العمليات التي يكون الحساب البنكي بداية لها.

ومراعاة من المشرع لمبدأ التوفيق بين مصلحة الزبون ومصلحة البنك، فإنه أجاز لكل شخص لا يتوفر على حساب بنكي ورفض له فتحه من لدن بنك ما دون مبرر، أن يلتمس من بنك المغرب تعيين مؤسسة ائتمان يمكنه أن يفتح حسابه لديها[1012].

ومن المعلوم، أنه يحق لأشخاص متعددين أن يفتحوا حسابا بنكيا بأسمائهم جميعا -أي حسابا مشتركا- إما بالتضامن فيما بينهم أو بدونه[1013] كما يسوغ أيضا للشخص الواحد أن يفتح باسمه الخاص عدة حسابات بنكية لدى نفس البنك، إما في وكالة واحدة، أو في عدة وكالات بنكية من تلك التابعة لهذا الأخير.

وقد تعرضت المادة 489 من مدونة التجارة لحالة تعدد الحسابات البنكية المفتوحة لشخص واحد لدى نفس البنك حيث تنص على أنه:

" في حالة تعدد الحسابات المفتوحة لنفس الزبون، وفي نفس الوكالة أو في عدة وكالات لنفس المؤسسة البنكية فإن كلا من هذه الحسابات يعمل مستقلا عن الآخر، إلا إذا نص على خلاف ذلك".

1012- أنظر المادة 150 من القانون رقم 103.12 .

1013- وفقا للمادة 490 من مدونة التجارة.

وللإشارة، فإنه إذا وقع الإخلال بالوفاء من طرف صاحب حساب مشترك على وجه التضامن أم لا، تطبق بقوة القانون مقتضيات المواد من 311 إلى 313 -عملا بالمادة 315 من نفس المدونة- على باقي المشتركين في الحساب، سواء بالنسبة لهذا الحساب أو بالنسبة للحسابات المشتركة الأخرى، وكذا الحسابات الشخصية للمخل بالوفاء.

Scanné avec CamScanner

وعليه، فإن المبدأ في الحسابات البنكية المفتوحة باسم شخص طبيعي أو معنوي واحد لدى نفس البنك هو الاستقلال عن بعضها البعض، غير أنه يمكن الخروج عليه إذا ما وجد اتفاق بين المؤسسة البنكية وزبونها على عدم استقلال حساباته الممسوكة من طرفها.

وكما يجوز أن تكون للحسابات البنكية المفتوحة لدى ذات المؤسسة البنكية باسم الزبون الواحد نفس الطبيعة القانونية، فإنه يمكن أن تكون مختلفة في ذلك عن بعضها البعض.

1- شروط فتح الحساب البنكي

مبدئيا، يخضع الحساب البنكي من حيث شروطه العامة للقواعد الجاري بها العمل في مجال العقود الأخرى، إلا ما تقتضيه الأعراف والعادات البنكية من شروط خاصة سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي.

أ- بالنسبة للشخص الطبيعي

بما أن الشخص الطبيعي يتمتع بدون منازع بالشخصية القانونية فإنه بمقدوره أن يفتح حسابا بنكيا لدى إحدى المؤسسات البنكية المعتمدة في المغرب وذلك بغض النظر عن جنسيته[1014].

وإذا كان الأمر كذلك بخصوص الجنسية، فإنه من الثابت في العمل أن هذا الحساب لا يمكن فتحه على الوجه الصحيح إلا للشخص الراشد طبقا لمدونة الأسرة، أما ناقص الأهلية فيتم فتح حسابه البنكي وتشغيله عن طريق ممثله القانوني، كما أنه يمكن للقاصر المأذون له في

1014- حسبما يستفاد من الفقرة 1 من المادة 488 من مدونة التجارة التي ينص فيها المشرع على وجوب تحقق المؤسسة قبل فتح أي حساب من موطن وهوية طالب فتح الحساب بناء على بطاقة التسجيل بالنسبة للأجانب والمقيمين بالمملكة أو جواز السفر أو ما يقوم مقامه لإثبات الهوية بالنسبة للأجانب غير المقيمين.

Scanné avec CamScanner

الاتجار في أمواله في مفهوم مدونة الأسـرة، أن يفـتح حسابا بنكيا لأغراضه التجارية[1015] لدى إحدى المؤسسات البنكية أو لـدى مركز الشيكات البريدية، لأنه المأذون في حالة الاختبار يعد كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضي فيه[1016].

ب- بالنسبة للشخص المعنوي

يتوفر الشخص المعنوي كما لا يخفى على الشخصية القانونية التي تجعل منه كيانا قانونيا له ذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص الذين يؤلفونه، ما عدا شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا تخضع بالتالي لأي تقييد في السـجل التجـاري ولا لأي إجـراء من إجراءات الشهر.

أما عن تشغيل الحساب البنكي المفتوح للشخص المعنوي، فإنه يتم بواسطة الممثل القانوني الذي تتحدد سلطته وفقـا للقواعـد القانونيـة المنظمة للشخص المعنوي وللمقتضيات الواردة في نظامه الأساسي.
والجدير بالذكر، أنه يمكن للشريك الذي يسير شركة المحاصة أن يفتح حسابا بنكيا باسمه الخاص لأغراضها. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن حل الشركة -تبعا لقانون شركات المساهمة[1017]- لا يترتـب عليـه مباشرة انقضاء شخصيتها المعنوية، وإنما تسـتمر إلـى غايـة إقفـال التصفية وإتمام إجراءات النشر اللازمة لذلك؛ وعلى هذا الأساس، فـإن

1015- ومعنى ذلك، أن القاصر المأذون له بالاتجار لا يمكنه فتح حساب بنكـي إلا من أجل الأنشطة التجارية التي يمارسها بواسطة الأموال التي سلمت لـه بقصـد إدارتها في حدود الإذن الممنوح له لهذا الغرض.

1016- تطبيقا لمقتضى المادة 13 من مدونة التجارة، فإنه يتم تقييد الإذن بالاتجـار وكذلك الترشيد المنصوص عليهما في مدونة الأسرة -في المادتين 218 و 226- في السجل التجاري.

1017- أنظر المادة 370 من الظهير الشريف رقم 1.96.124 الصادر في 30 غشـت 1996 بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المسـاهمة. المنشـور بالجريـدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996. ص 2320، كما تم تغييره وتتميمه.

الحساب البنكي المفتوح باسم الشركة التي توجد في طور التصفية، يظل مفتوحا لحاجيات هذه الأخيرة، إذ يقوم المصفي بتشغيله طوال المدة التي يتطلبها إنجاز مهمته.

كما يجوز للشخص المعنوي الموضوع في حالة تسوية قضائية وإلى غاية إعداد مخطط التسوية[1018] فتح حساب بنكي، إذ يكون بمقدور ممثله القانوني أو السنديك إذا كان الحكم القاضي بالتسوية القضائية قد خوله وحده سلطة تسيير الشركة، فتح حساب بنكي من أجل العمليات المتعلقة بهذه الأخيرة خلال فترة ما بعد التوقف عن الدفع.

ولا تفوتنا الإشارة أيضا، إلى أنه ما دامت الشركة لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد التسجيل في السجل التجاري[1019] فإنه يمكن للمؤسسين بالنسبة للشركة في طور التأسيس، فتح حساب بنكي باسمها قصد إيداع الأموال النقدية المكتتب بها في رأس مالها وذلك داخل أجل ثمانية أيام ابتداء من تلقي هذه الأموال[1020].

وعليه، فإنه يسوغ فتح حساب بنكي باسم الشركة الموجودة في طور التأسيس إلى أن تكتسب الشخصية المعنوية نتيجة تسجيلها في السجل التجاري، أما إذا لم يتم تأسيسها خلال مدة ستة أشهر من تاريخ إيداع الأموال بالحساب البنكي المفتوح باسمها، فإنه يتعين على المؤسسين سحب هذه الأموال من أجل إرجاعها إلى المكتتبين المعنيين بالأمر، بل ويمكن لكل واحد من هؤلاء استصدار أمر استعجالي بشأن تعيين من يتولى استرجاع الأموال المودعة بالحساب البنكي وتوزيعها على المكتتبين[1021].

1018- المنصوص عليه في المادة 579 من مدونة التجارة.

1019- أنظر مثلا المادة 3 من القانون رقم 17.95 .

1020- أنظر الفقرتان 1 و 2 من المادة 22 من نفس القانون.

1021- أنظر الفقرة 1 من المادة 35 من نفس القانون.

2- إجراءات فتح الحساب البنكي وحجية كشوفاته

أ- إبرام اتفاقية فتح الحساب البنكي

يجب أن تبرم في شأن كل حساب بنكي اتفاقية مكتوبة بين العميل ومؤسسة الائتمان تسلم نسخة منها إلى هذا الأخير، كما تحدد اتفاقية نموذجية الشروط الدنيا المضمنة في اتفاقية الحساب بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان[1022].

كما يتعين على مؤسسة الائتمان وضع الإجراءات الضرورية التي تمكنها من تحديد هوية عملائها ومعرفتهم بشكل معمق، والقيام بتتبع ومراقبة العمليات التي ينجزها هؤلاء لاسيما تلك التي تشكل درجة كبيرة من المخاطر، هذا إلى جانب حفظ وتحيين الوثائق المتعلقة بهم وبالعمليات التي يقومون بها[1023].

وهكذا، يعتبر الاستعلام حول وضعية طالب فتح الحساب البنكي أحد الواجبات التي يتحملها البنك، حيث يتعين عليه قبل اتخاذ أي قرار بشأن فتح هذا الحساب أن يتخذ عدة إجراءات تروم التحقق من الوضعية القانونية للمعني بالأمر؛ وهو ما كرسه المشرع في المادة 488 من مدونة التجارة التي تبين الاحتياطات التي يجب على البنك اتخاذها في هذا الإطار، والتي تتحدد في ضرورة التأكد من موطن وهوية الشخص الطبيعي، ومن حقيقة الشخص المعنوي، علاوة على الاحتياطات التي تتعلق بتسليم صيغ شيكات لصاحب الحساب البنكي.

وفي هذا المضمار تنص المادة المشار إليها أعلاه على ما يلي:

1022- طبقا لما تنص عليه المادة 151 من القانون رقم 103.12.

1023- راجع بهذا الخصوص: قرار وزير المالية والخوصصة رقم 1668.07 الصادر في 23 غشت 2007 بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب رقم 41/G/2007 الصادر في 2 غشت 2007 المتعلق بواجب اليقظة المفروض على مؤسسات الائتمان.

Scanné avec CamScanner

"يجب على المؤسسة البنكية قبل فتح أي حساب التحقق:

1- فيما يخص الأشخاص الطبيعيين، من موطن وهوية طالب فتح الحساب بناء على بيانات بطاقة تعريفه الوطنية أو بطاقة التسجيل بالنسبة للأجانب المقيمين أو جواز السفر أو ما يقوم مقامه لإثبات الهوية بالنسبة للأجانب غير المقيمين.

2- فيما يخص الأشخاص المعنويين، من الشكل والتسمية وعنوان المقر وهوية وسلطات الشخص أو الأشخاص الطبيعيين المخولين إنجاز عمليات في الحساب وكذا رقم الضريبة على الشركات أو رقم السجل التجاري أو رقم البتانتا.

تسجل المؤسسة البنكية مواصفات ومراجع الوثائق المقدمة".

ونظرا لأنه يترتب عادة على فتح الحساب البنكي لشخص طبيعي أو معنوي، وضع صيغ شيكات رهن إشارته[1024] فإن المشرع تدخل أيضا بتحديد احتياطات يتعين على المؤسسة البنكية أخذها بعين الاعتبار عند تسليم هذه الصيغ[1025].

ب- الحجية القانونية لكشف الحساب البنكي

تبعا لما تفيد به كل من المادة 156 من القانون رقم 103.12[1026] والمادة 492 من مدونة التجارة، فإن كشوف الحسابات تعد وسائل

1024- كما تنص عل ذلك المادة 310 من مدونة التجارة بقولها:
"تضع المؤسسة البنكية بالمجان صيغ شيكات رهن إشارة الأشخاص المتوفرين لديها على حسابات يتعامل فيها بالشيكات".

1025- وقد تم التنصيص عليها في المادة 308 وما بعدها من مدونة التجارة.
فعلى سبيل المثال تقضي المادة 308 بأنه:
"يجب على كل مؤسسة بنكية تسلم لزبونها صيغ شيكات على بياض قابلة للوفاء بصندوقها، أن تضمن في كل صيغة اسم الشخص الذي سلمت لـه ...وإلا طبقت عليها غرامة قدرها مائة درهم عن كل مخالفة".

1026- جاء في المادة المذكورة أعلاه:

إثبات[1027] وهي تعتبر من بين المواضيع التي أثارت في صفوف رجال الفقه القانوني وكذلك في ساحة القضاء، جدلا كبيـرا ارتكز بالأساس علـى قاعدة فقهية متأصلة في ميدان الإثبات تقضي بأنه "لا يجوز للشخص أن يصنع دليلا لنفسه" وكشف الحساب الذي لا يذيل حتى بتوقيع الزبون إنما هو من صنع المؤسسة البنكية.

ومن الملاحظ أنه قبل أن يتدخـل المشرع المغربي بنص قانوني يؤطر هذا الإشكال حسما للنزاع، كانت مواقف القضاء[1028] متأرجحة بين الإقرار باعتبار كشف الحساب البنكي دليلا في الإثبات، وبين إنكار اعتباره كذلك إلى أن تم التسليم في آخر المطاف بإمكانية اعتماده حجة في مواجهة الزبون التاجر دون المدني، وذلك استنادا إلى مبدأ حرية

"يعتد بكشوف الحسابات التي تعدها مؤسسات الائتمان وفق الكيفيات المحددة بمنشور يصدره والي بنك المغرب، بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، في المجال القضائي، باعتبارها وسائل إثبات بينها وبين عملائها في المنازعات القائمة بينهما إلى أن يثبت ما يخالف ذلك".

1027- ورد في مطلع المادة 492 من مدونة التجارة على ما يلي:
" يكون كشف الحساب وسيلة إثبات ...".
وجاء في حكم المحكمة التجارية بمراكش رقم 204 الصادر بتاريخ 2 مارس 2000 في الملف عدد 842.99 -المنشور بمجلة المحاكم المغربية. العدد 83. ص 212- أن حجية كشف الحساب البنكي في الإثبات معلقة على صدور قرار من والي بنك المغرب يحدد شكليات كشوف الحساب، حيث إن كل كشف وبيان صادر عن البنك مخالف لدورية والي بنك المغرب -عدد 4/8 بتاريخ 5 مارس 1998 - يعتبر عديم الأثر في الإثبات القضائي.

1028 - لمعرفة بعض توجهات القضاء المغربي في هذا الصدد أنظر مثلا:
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس العدد 252 الصادر بتاريخ 11 أبريل 2000 في الملف رقم 12. 5. 1999 المنشور بمجلة المعيار. العدد 27. ص183.
- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 5 ت 99 الصادر بتاريخ 9 فبراير 1999 في الملف رقم 65. 99. 6.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 908 الصادر بتاريخ 6 يونيو 2006 في الملف عدد 506/06.

الإثبات المعروف في المادة التجارية، وقياسا كذلك على دفاتر التجار الممسوكة بانتظام التي تعد حجة بين هؤلاء.

بل إن التساؤل يثار حول حجية التوصيل الذي يستخرج من الصراف الآلي- إذا أراد الزبون الاحتجاج به في مواجهة البنك لنشوء نزاع بينهما بشأن المبلغ المدون فيه- باعتباره ملكا للبنك الذي يتولى برمجته لتلبية طلبات الزبناء وتقديم الخدمات التي يسمح بها لهؤلاء، هل يعد هذا التوصيل صادرا عن البنك فقط بوصفه المالك الوحيد للصراف الآلي، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير اعتماده لإثبات العملية التي أجراها الزبون عملا بمبدأ عدم جواز اصطناع المرء دليلا لنفسه؟ أم عن الزبون بناء على تعليماته، وبالتالي لا يسوغ له التمسك به لإثبات العملية التي قام بها استنادا إلى نفس المبدأ، أم أنه يعد صادرا عنهما معا بناء على الاتفاق المبرم بينهما؟

ونرى إزاء غياب نص في التشريع المغربي يؤطر هذه الإشكالية، وجوب العمل بالاتفاقات المكتوبة والموقعة بين البنك وزبونه والتي تخضع لمبدأ حرية التعاقد الذي يقيده شرط مراعاة النظام العام والآداب العامة والقواعد القانونية الآمرة.

ثانيا: أنواع الحساب البنكي

ينقسم الحساب البنكي في ظل مدونة التجارة إلى حساب بالاطلاع وحساب لأجل[1029]:

1029- تناول المشرع الحساب بالاطلاع والحساب لأجل في المواد من 493 إلى 508 من نفس المدونة، بعد أن تطرق إلى الأحكام المشتركة بينهما في المواد من 488 إلى 492 منها.

ولأخذ فكرة عن القواعد العامة المتعلقة بالحساب بالاطلاع والحساب لأجل، أنظر:

- Mimoun charqi: OP.Cit. P 18-25 .

1- الحساب بالاطلاع

إن الحساب بالاطلاع في منطوق المادة 493 من مدونة التجارة "عقد بمقتضاه يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتبادلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة ومدينة، والتي بدمجها يمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الأطراف".

ولعل ما يمكن ملامسته من هذا النص، أن الحساب بالاطلاع، عقد بنكي يبرم بالضرورة بين مؤسسة بنكية وزبونها من أجل تسوية ديونهما المتبادلة الناتجة عن المعاملات الحالية أو المستقبلة التي تتم بينهما، وأن المقصود من وراء إبرامه يكمن في رغبة كل من البنك وزبونه في تسوية ديونهما المتبادلة المقيدة على شكل أبواب دائنة ومدينة في كشف واحد، وإجراء المقاصة بينهما لاستخراج الرصيد المؤقت أو النهائي -عند الاقتضاء- والذي قد يكون دائنا بالنسبة لأحدهما ومدينا بالنسبة للآخر[1030].

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن الحساب بالاطلاع يؤدي وظيفة مهمة قوامها تبسيط معاملات الأطراف المعنية بالأمر ذلك أن تسوية كل عملية على حدة فورا ونقدا من شأنها أن تفضي إلى ارتفاع التكلفة وضياع الوقت، وخضوعها بالتالي لأنظمة مختلفة، مما يجعل من الصعب على التاجر أن يفي في كل وقت بدينه بسبب كل صفقة أبرمها.

ويشبه الحساب بالاطلاع حسابا آخر يطلق عليه "الحساب الجاري" الذي بمقتضاه يلتزم شخصان[1031] بتحويل الحقوق والديون

1030- راجع في هذا المعنى:
- امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 82 و84.

1031- يعتبر الحساب الجاري نوعا خاصا بالتجار يفتح عادة لأغراض التجارة ومن خصائصه إمكان حصول الزبون على ائتمان البنك. كذلك فإن الأصل أن تفقد العمليات التي تقيد فيه ذاتيتها واستقلالها وأن تتحول بقيدها في الحساب إلى مجرد

الناشئة عن العمليات الأصلية التي تتم بينهما، إلى قيود في الحساب تتقاص فيما بينها بحيث يكون الرصيد النهائي عند إقفال الحساب وحده دينا مستحق الأداء"[1032] مع الأخذ بعين الاعتبار خاصية جوهرية مميزة له تتمثل في كونه لا ينشأ إلا إذا كان أحد أطرافه مؤسسة بنكية، خلافا للحساب الجاري الذي هو عقد بين شخصين بغض النظر عما إذا كان أحدهما بنكا أو شخصا طبيعيا أو معنويا، يمارس أعمالا مدنية أو تجارية، وإن كان في الغالب أن يفتح هذا النوع من الحساب بين أحد البنوك وزبونه[1033].

بنود تندمج في كل لا يتجزأ بحيث لا يتحدد ما إذا كان البنك دائنا أو مدينا للزبون إلا عند قفل الحساب وبيان الرصيد النهائي.

- محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 306.

1032- أنظر المادة 298 من قانون التجارة اللبناني.

1033- الحساب الجاري كذلك:

"وسيلة فنية تسهل على التجار تصفية العديد من العمليات المتبادلة في الحقل التجاري...

وتقوم الفكرة المحورية للحساب الجاري على أساس تعدد وتكرار الأعمال المتبادلة بين طرفين- المصرف وزبونه- حيث يكون كل منهما دائنا ومدينا.

وهذه العلاقات المتكررة والمتعددة تؤدي إلى استيفاء الديون مرات متعددة.

لذلك، تسهيلا للمعاملات بين الطرفين، فإنهما يتفقان على تسوية كل عملية على حدة. من هنا، انطلقت الفكرة الأساسية للحساب الجاري، إلا أنها مع الزمن تخطت تسجيل العمليات المتبادلة بين الطرفين، إلى إرساء قواعد الحساب الجاري على أسس قانونية وثابتة، من أبرزها اندماج العمليات الحاصلة بين الطرفين اندماجا تاما من شأنه أن يفقد العملية ذاتها وكيانها المستقل لتنصهر في نطاق الحساب مشكلة بذلك كتلة غير قابلة للتجزئة، مما ينتج عن ذلك عدم إمكانية اعتبار أحد الطرفين دائنا والآخر مدينا، إلا حين قفل الحساب وتحديد الرصيد النهائي".

عبد اللطيف شبيب، الجوانب القانونية للحساب الجاري على ضوء القانون المغربي والمقارن. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، ص 1 وص 16. السنة الجامعية: 1993-1994. جامعة القاضي عياض. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. مراكش.

ورفعا لهذا التداخل بين الحسابين حاول المشرع المغربي أن يميز بطريقة غير مباشرة بين الحساب الجاري الذي يكون أحد أطرافه بنكا وذاك الذي لا يكون كذلك، وأدرج النوع الأول ضمن أحكام العقود البنكية[1034].

والجدير بالإشارة، أنه في الحساب بالاطلاع يمكن للزبون أن يتصرف حسب رغبته في الرصيد المؤقت الذي يكون قابلا للحجز من طرف أي دائن له[1035] كما أن الفوائد تسري بقوة القانون بالنسبة للبنك ويسجل في الرصيد المدين للحساب دين الفائدة لهذا الأخير المحصور كل ثلاثة أشهر والذي قد يساهم في تكوين رصيد لفائدته ينتج بدوره فوائد.

وهو يقفل إما بإرادة أي من الطرفين- بدون إشعار سابق إذا كانت المبادرة من الزبون، ومع ضرورة مراعاته إذا كانت المبادرة من البنك[1036].

غير أنه يجب أن يوضع حد للحساب المدين بمبادرة من البنك إذا توقف الزبون عن تشغيل حسابه مدة سنة من تاريخ آخر عملية دائنة مقيدة به وفي هذه الحالة يجب على البنك قبل قفل الحساب إشعار الزبون بذلك بواسطة رسالة مضمونة في آخر عنوان يكون قد أدلى به لوكالته البنكية، وإذا لم يبادر الزبون بالتعبير عن نيته في الاحتفاظ بالحساب داخل أجل ستين يوما من تاريخ الإشعار، اعتبر هذا الأخير مقفلا بانقضاء هذا الأجل.

كذلك يقفل الحساب بالوفاة أو انعدام الأهلية أو التسوية أو التصفية القضائية للزبون[1037].

1034- لاسيما في المواد من 487 إلى 508 من مدونة التجارة.

1035- عملا بالمادة 500 من مدونة التجارة.

1036- وحسب نفس النموذج المشار إليه سابقا، فإن الحساب لما يقفل بمبادرة من طرف البنك، وجب على هذا الأخير تبليغ قراره كتابة إلى صاحب الحساب مع احترام أجل الإشعار أي ستون يوما قبل إقفاله.

Scanné avec CamScanner

وتبعا للفقرة الأخيرة من المادة 503 من مدونة التجارة[1038] فإن الحساب البنكي يتأثر بالوفاة أو انعدام الأهلية أو التسوية أو التصفية القضائية للزبون، حيث يتم في مثل هذه الحالات إقفاله ابتداء من صدور الحكم بالتصفية القضائية.

ويبدو أن هذا النص لا ينسجم مع بعض المقتضيات الواردة في مدونة التجارة، كالمادة 577 منها التي تجيز للمقاولة الاستمرار في نشاطها بعد إصدار حكم بالتسوية القضائية، وللسنديك استعمال الحسابات البنكية أو البريدية للمقاولة لما فيه مصلحتها، والمادة 571 التي تخول المقاولة الحق في الاستمرار في مزاولة نشاطها بعد صدور الحكم عليها بالتسوية القضائية.

1037- راجع المادة 503 من القانون رقم 134.12.

1038- بموجب مادة فريدة من الظهير الشريف رقم 1.14.142 الصادر في 22 غشت 2014 بتنفيذ القانون رقم 134.12 تم نسخ وتعويض أحكام المادة 503 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6290 بتاريخ 11 شتنبر 2014. ص 6810.

"تنسخ وتعوض على النحو التالي أحكام المادة 503 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 بتاريخ فاتح غشت 1996:

– المادة 503: "يوضع حد للحساب بالاطلاع بإرادة أي من الطرفين، بدون إشعار سابق إذا كانت مبادرة من الزبون ومع مراعاة الإشعار المنصوص عليه في الباب المتعلق بفتح الاعتماد إذا كانت المبادرة من البنك.

غير أنه يجب أن يوضع حد للحساب المدين بمبادرة من البنك إذا توقف الزبون عن تشغيل حسابه مدة سنة من تاريخ آخر عملية دائنة مقيدة به.

وفي هذه الحالة يجب على البنك قبل قفل الحساب إشعار الزبون بذلك بواسطة رسالة مضمونة في آخر عنوان يكون قد أدلى به لوكالته البنكية.

إذا لم يبادر الزبون داخل أجل ستين يوما من تاريخ الإشعار بالتعبير عن نيته في الاحتفاظ بالحساب يعتبر هذا الأخير مقفلا بانقضاء هذا الأجل.

يقفل الحساب أيضا بالوفاة أو انعدام الأهلية أو التسوية أو التصفية القضائية للزبون".

وعلى هذا الأساس، يمكن القــول، إن مجــرد الحكــم بالتســوية القضائية ليس من شأنه الحيلولة دون فتح حساب بنكي للمقاولة المعنية بل حتى الحكم القاضي بالتصفية القضائية، وإن كان يغل يد المدين عن القيام بمهام التسيير ويستند الأمر إلى السنديك، إلا أنه لا يعنــي قفــل الحساب البنكي بمجرد صدور حكم بالتصفية، ذلك أنــه يبقــى الحــق للسنديك أثناء قيامه بعمليات تحقيق أصول المقاولة واستيفاء ما لها مــن ديون في ذمة الغير، في أن يشغل الحساب البنكي.

2- الحساب لأجل

خلافا للحساب بالاطلاع الذي يفتح من أجل أن يستعمل في تسجيل الديون المتبادلة بين البنك وزبونه في إطار تسوية المعاملات التي يجريانها معا بمناسبة تشغيل هذا الحساب، فإن الحساب لأجل يفتح كي يتمكن الزبون من توظيف أمواله عن طريق إيداعها لدى البنك مع التزامه بتركها تحت تصرفه لفترة زمنية معينة، في مقابل إنتاجها فوائد حسب السعر المتفق عليه أثناء إيداعها[1039].

وانطلاقا من المقتضيات التي خص بها المشرع هذا الحساب[1040] يتضح أن الفوائد المشترطة فيه للزبون لا تدفع إلا في ميعاد الاستحقاق وإذا حل أجله، فلا يمكن تجديده سوى بطلب صريح من هذا الأخير وموافقة البنك، غير أنه يجوز للأول-الزبون- إنهاءه قبل أجله بموافقة البنك، وفي هذه الحالة يؤدي هذا الإنهاء المسبق إلى تطبيق الجزاءات المشترطة عند فتح الحساب.

1039- أنظر في هذا الصدد:
- امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 145.

1040- الواردة في المواد من 506 إلى 508 من نفس المدونة.

Scanné avec CamScanner

ثالثا : قفل الحساب البنكي

تبعا لما تفيد به المادة 152 من القانون رقم 103.12 فإنه يمكن لمؤسسات الائتمان المودعة لديها أموال وقيم، أن تقوم بإقفال الحسابات التي تمسكها، إذا لم يقم أصحابها أو ذوو حقوقهم بأية عملية أو مطالبة منذ عشر سنوات. ويتعين عليها أن توجه داخل أجل ستة أشهر قبل انصرام المدة المشار إليها، إشعارا مضمون الوصول إلى صاحب كل حساب أو ذوي حقوقه قد يطاله التقادم، وتفوق المبالغ الموجودة فيه من رأس مال وفوائد أو تساوي مبلغا يحدد بقرار للوزير المكلف بالمالية. بعده تبادر إلى إيداع الأموال لدى صندوق الإيداع والتدبير الذي يحوزها لحسابهم لمدة خمس سنوات يترتب على فواتها تقادم الأموال بالنسبة إليهم وتصبح بقوة القانون كسبا للخزينة[1041].

الفقرة الثانية : الوديعة البنكية

يتمحور موضوع هذه الفقرة إجمالا حول نقطتين أساسيتين تتمثل إحداهما في إيداع النقود، والأخرى في إيداع السندات.

أولا: إيداع النقود

ربما لا يخفى على أحد الدور المهم الذي تلعبه الودائع النقدية[1042] ليس فقط بالنسبة للمودع حيث تمكنه من استخدام النقود المودعة في

1041- وحسبما ورد في نموذج طلب فتح حساب في البنك الشعبي، فإن إقفال الحساب لأي سبب كان لا يوقف سريان الفوائد التي يستمر احتسابها على رصيد المدين وفقا للشروط المطبقة قبل هذا الإقفال وإلى حين الأداء التام، كذلك فإن العمليات التي قد لا يكون البنك قد قام بتقييدها العكسي، تستمر في إنتاج الفوائد بنفس النسبة، وتنتج الفوائد الواجبة برسم ثلاثة أشهر بدورها فوائد بنفس النسبة طبقا لمقتضيات المادة 497 من مدونة التجارة.

1042- وتنقسم الودائع النقدية من حيث تاريخ استردادها، إلى:

Scanné avec CamScanner

السحب منها لفائدته أو في الوفاء للغير بواسطة شيكات مثلا[1043] بل وكذلك بالنسبة للبنك إذ تعد نقطة البدء في نشاطه ذلك أنه يتلقى النقود من الزبناء في شكل ودائع ليستخدمها في عمليات الائتمان[1044] ناهيك عن أنها تعتبر من العوامل التي أدت إلى ميلاد ما يصطلح عليه: "بالنقود الكتابية" وهي النقود التي تخلق بالكتابة في حسابات الزبناء والتي تتكون من الودائع النقدية التي تنتقل من شخص إلى آخر عن

- ودائع لدى الطلب، التي تعتبر أهمها، إذ يستخدمها المودع كأداة لتسوية التزاماته عن طريق الشيكات أو أوامر التحويل، ويمكنه أن يطلب استردادها في أي وقت، كما أن البنك لا يدفع عنها مبلغا فائدة؛
- الودائع بشرط الإخطار المسبق، وهي ودائع تتميز بعدم جواز استردادها إلا بعد إخطار البنك بمدة معينة ليتسنى له تدبير النقود اللازمة للرد، وعلى عكس سابقتها، فإن المودع هنا يستحق فائدة معينة؛
- والودائع لأجل، التي تفترض اتفاق البنك والزبون على استردادها بعد أجل معين قد يحسب بالشهر أو بالسنة، وفائدتها تعود أكثر على البنك لأنه يتمتع بالحرية في استعمالها، ناهيك عن أن سعر الفائدة فيها يكون مرتفعا نسبيا بالمقارنة مع أنواع الودائع الأخرى؛
- الودائع المخصصة لغرض معين، التي كما تدل عليها تسميتها تسلم للبنك على أساس تخصيصها للقيام بعملية معينة أو لغرض معين، وهو تخصيص قد يكون إما لمصلحة المودع أو لمصلحة البنك أو كذلك لمصلحة الغير، ثم الوديعة في الحساب الجاري .

1043- إن الزبون قد يودع أمواله لدى المؤسسة البنكية كي يحصل على فائدة من ذلك، أو لمجرد الاستفادة من الخدمات البنكية التي تقدمها البنوك لأصحاب الودائع النقدية.
- امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 152.

1044- وبعبارة أخرى، فإن النقود تعد أهم الودائع التي يتلقاها البنك من زبنائه لكونها تشكل القدرة المالية التي يستطيع بواسطتها هذا الأخير أن ينهض بأغلب عملياته الائتمانية ويباشر مختلف أنواع نشاطه المصرفي.
- امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 153.

Scanné avec CamScanner

طريق الشبكات مثلا وتوظف كما توظف النقود المعدنية والورقية في تسوية المعاملات[1045].

بل إن الأنظمة الحديثة للأداء الإلكتروني، أصبحت تتــداول مــا يسمى بالنقود الرقمية والإلكترونية، وهي عبارة عن رصيد يتم تخزينه أو تعبئته في بطاقة إلكترونية إما ذات شريط مغناطيسي أو ذات معالج ومن ثم تتمثل ابسط أنواع أنظمة النقود الإلكترونية في نظــام القيمــة المخزنة، وأكثرها تطورا في نظام البطاقة الذكية.

1- تعريف الوديعة النقدية

بالرجوع إلى مدونة التجارة، خاصة منها الباب الثاني من القسم السابع من الكتاب الرابع المتعلق بالعقود البنكية، نجد أن المشرع تعرض إلى إيداع النقود في مادتين فقط، حيث عرفه في المادة 509 بكونه:

"العقد الذي يودع بموجبه شخص نقودا كيفما كانت وسيلة الإيداع، لدى مؤسسة بنكية يخول لها حق التصرف فيها لحسابها الخاص، مع التزامها بردها حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

1045- ويعبر أحد رجال الفقه القانوني عن هذه الأهمية التي تكتسيها الوديعة النقدية بقوله:

" إن الودائع المصرفية هي نواة الحسابات المصرفية وأهم مصدر لتمويل عمليات الائتمان التي تجريها البنوك، ويصدق هذا الوصف أساسا على الودائع النقدية أي الودائع التي ترد على نقود يتلقاها البنك من الزبناء وتكون له حرية استخدامها في نشاطه إلى حين رد قيمتها وفقا للشروط المتفق عليها. وهي صورة تختلف في جوهرها عن الوديعة العادية التي يلتزم فيها المودع لديه برد الشيء المودع عينا والتي تتحقق في عملية إيداع الأوراق المالية في البنك كما تختلف عن صورة أخرى خاصة لعمليات الإيداع في البنك، تتأتى بتمكين الزبون من استخدام خزانة له بالبنك وتعرف لذلك بإيجار الخزائن الحديدية" .

- محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 335.

وينبغي ألا يفهم من إيداع النقود أن القصد منه هو العمل على حراستها من لدن المؤسسة البنكية وتسليمها إلى أصحابها عند الطلب أو عند حلول أجل الرد المتفق عليه، وإنما تمكين هذه الأخيرة من تكوين رصيد من المدخرات لاستعماله في مختلف العمليات التي تجريها خاصة منها عمليات منح الائتمان.
ولتحقيق هذه الغاية عمليا يعمد البنك إلى فتح حساب للزبون المودع يسمى "حساب وديعة" أو "حساب شيكات" تتم تغذيته إما بالإيداع النقدي مباشرة أو بنتائج الشيكات التي يحصلها البنك المودع لديه لفائدة الزبون.

2- الالتزام برد الوديعة النقدية

لقد أكد المشرع في المادة 510 على التزام أساسي تتحمل به المؤسسة البنكية، ألا وهو الالتزام برد الشيء المودع، والذي لا يمكنها التحلل منه ولو تذرعت بحالة القوة القاهرة، بقوله:
"لا يتحلل المودع لديه من الالتزام بالرد، إذا أدى تبعا لأمر غير موقع من طرف المودع أو وكيل عنه إلا إذا كان هناك حجز.
لا يتحلل من الالتزام بالرد في الحالة التي يفقد فيها النقود المودعة نتيجة لحالة قوة قاهرة".

والجدير بالذكر، أن المشرع يوفر لأصحاب الودائع النقدية الموضوعة بالبنوك حماية خاصة في حالة تعرض هذه الأخيرة للتصفية حيث خصص الباب الثالث[1046] من القسم السادس من القانون رقم 103.12[1047] لنظام ضمان الودائع.

1046- المواد من 128 إلى 142.
1047- تحت عنوان: "الرقابة الاحترازية الكلية وتسوية صعوبات مؤسسات الائتمان".

وفي هذا الصدد، نجده قد أحدث- علاوة على صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية[1048]- صندوقا جماعيا لضمان الودائع لأجل حماية المودعين من أجل تعويضهم في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع، وكذا - على وجه الاحتياط والاستثناء- تقديم مساعدات قابلة للإرجاع لمؤسسة ائتمان في وضعية صعبة، أو المساهمة في رأسمالها.

كما أحدث شركة مساهمة تسمى "بالشركة المسيرة" عهد إليها بتدبير هذا الصندوق، وبالمساهمة في تسوية صعوبات مؤسسات الائتمان تطبيقا لدفتر تحملات يحدده بنك المغرب.

ثانيا: إيداع السندات

جرى العمل على أن يقوم أصحاب القيم المنقولة والسندات الأخرى القابلة للتداول بإيداعها لدى مؤسسة بنكية، فيتحررون بذلك من عبء حفظها وإدارتها، لاسيما وأن هذه الأخيرة تتوفر على الأسباب الكافية للائتمان والوسائل اللازمة لحسن إدارتها.

والملاحظ، أن المشرع المغربي بعد أن تناول إيداع النقود في المادتين 509 و510 من مدونة التجارة، تعرض في المواد من 511 إلى 518 منها لإيداع السندات التي سنقتصر منها على بعض المقتضيات.

1- السندات القابلة للإيداع

تشمل السندات القابلة للإيداع انطلاقا من المادة 511 من مدونة التجارة، القيم المنقولة والسندات الأخرى القابلة للتداول التي يحكمها

1048- المنصوص عليه في المادة 67 من القانون رقم 103.12.

القانون رقم 35.94[1049] المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول[1050] تلك السندات التي تتمثل في شهادات الإيداع وأذون شركات التمويل وأوراق الخزينة.

- فشهادات الإيداع، سندات تصدرها البنوك وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها في القانون المذكور أعلاه، وتتضمن التزام مصدريها بإرجاع مبلغ منتج لفائدة، عند حلول أجل معين[1051].

- وأذون شركات التمويل، سندات تصدرها شركات التمويل وتمثل الحق في دين بفائدة لمدة محددة، وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها قانونا[1052].

1049– القانون رقم 35.94 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.3 بتاريخ 26 يناير 1995. المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4293 في 8 فبراير 1995 ص 294.

1050– إنها تبعا لما يستشف من المادة 1 من القانون رقم 35.94، السندات التي تمثل حقوقا في ديون وتصدر بإرادة المصدر، وتشمل شهادات الإيداع وأذون شركات التمويل وأوراق الخزينة.

وعملا بالمادتين 7 و13 منه، فإنه لا يجوز إصدار هذه السندات إلا من طرف الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون المغربي، ولا تقييدها في الحساب، إلا لبنك المغرب والبنوك المشار إليها في المادة 2 من القانون رقم 35.94 وشركات التمويل المنصوص عليها في المادة 5 منه.

وبالرجوع إلى المادتين المحال عليهما، نجدهما تقضيان بما يلي:

-"شهادات الإيداع، سندات تصدرها البنوك المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 10 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.147 بتاريخ 15 محرم 1414 (6 يوليوز 1993) المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها...".

– "لا يجوز أن تصدر أذون شركات التمويل المشار إليها في المادة 3 ...إلا عن شركات التمويل التي يسمح لها أن تتلقى من الجمهور أموالا لأجل يزيد على سنتين وتراعي نسبة احتياطية قصوى بين جاري الأذون المصدرة وجاري استخداماتها في شكل قروض ممنوحة للعملاء. وتحدد النسبة المذكورة بنص تنظيمي".

1051– أنظر المادة 2 من القانون رقم 35.94.

1052– تفيد المادة 3 من القانون رقم 35.94 بأن:

- أما أوراق الخزينة، فهي عبارة عن سندات تصدرها الأشخاص المعنوية التي تتوفر فيها الشروط المتطلبة قانونـــا، وتمثل بدورها الحق في ديــن بفائدة لمدة محددة وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها قانونا[1053].

2- الالتزام بحفظ السندات وإدارتها وردها

تترتب عن عملية إيداع السندات التزامات متعددة يتحملها البنك بصفته مودعا لديه، منها مثلا الالتزام بحفظ السندات والالتزام بردها دون أن ننسى أيضا قيامه بعمليات تفرضها إدارة هذه السندات.

فلما كانت وديعة السندات بأجر، فإنه يتعين على المؤسسة البنكية إذن أن تضمن حراستها، وأن توليها العناية اللازمة التي تفرضها

"أذون شركات التمويل، سندات تصدرها شركات التمويل المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 10 من الظهير الشريف...المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.147 بتاريخ 15 محرم 1414 (6 يوليوز1993) وتتوافر فيها الشروط المقررة في المادة 5 بعده، وتمثل الأذون المذكورة الحق في دين بفائدة لمدة محددة، وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

1053- ذلك ما ورد في المادة 4 من القانون أعلاه، التي تحيل على المادة لمدة 6 منه التي جاء فيها ما يلي:

"لا يسمح بإصدار أوراق الخزينة، إلا للأشخاص المعنوية غير الأشخاص المشار إليها في المادتين 2 و3 من هذا القانون، على أن تكون منتمية إلى إحدى الفئات التالية:

- شركات الأسهم المتوفرة على أموال ذاتية في شكل رأس مال مدفوع ومدخرات ... إذا كان مستوى الأموال المذكورة لا يقل عن خمسة ملايين درهم.

- المؤسسات العامة ذات الطابع غير المالي التي تتوفر على أموال ذاتية في شكل مخصصات للدولة ومدخرات... إذا كان مستوى الأموال المذكورة لا يقل عن خمسة ملايين درهم.

- التعاونيات الخاضعة لأحكام القانون رقم 24.83 المتعلق بتحديد النظام الأساسي العام للتعاونيات... والمتوفرة على أموال ذاتية في شكل رأس مال مدفوع ومدخرات ... إذا كان مستوى الأموال المذكورة لا يقل عن خمسة ملايين درهم".

وظيفتها وكذا الأعراف البنكية باعتبارها مؤسسة تحترف تلقي ودائع من هذا النوع[1054].

ويستتبع ذلك عدم جواز التخلي عنها إلا بناء على تعليمات كتابية من المودع[1055] وعدم جواز استعمالها أو ممارسة الحقوق المترتبة عنها في غير مصلحة المودع ما لم يشترط خلاف ذلك صراحة[1056].

وينهض البنك في إطار هذه الوديعة ببعض العمليات التي تفرضها إدارة السندات، منها تحصيل مبلغ الفوائد والأرباح وما يسترجع من رأس المال وما يدفع عن الاستهلاك، وتقييد المبالغ المحصلة في حساب الاطلاع المفتوح باسم المودع، وإجراء سائر العمليات التي يكون من شأنها المحافظة على الحقوق المرتبطة بالسندات، كالتجميع وتجديد القسيمات والختم عليها وغير ذلك.

ويتعين على المؤسسة البنكية أيضا، أن ترد- وبالمكان الذي حصل فيه الإيداع ما لم يتفق على غير ذلك- السندات المودعة ذاتها أو مثلها عند الاقتضاء خلال الآجال التي تفرضها شروط حفظ الوديعة، إما للمودع أو للأشخاص المعينين من طرفه - أو لوارثه في حالة وفاته أو لمن ينوب قانونا عن هذا الأخير- ولو تبين منها أنها ملك للغير[1057]

1054- عملا بما تقضي به المادة 513 في الفقرة 1.

1055- حسبما تفيد به نفس المادة المذكورة في الهامش السابق في الفقرة 2.

1056- وهو ما تنص عليه المادة 512.

1057- أنظر المادة 517 من مدونة التجارة التي تحيل على الفصل 800 من قانون الالتزامات والعقود، الذي جاء فيه ما يلي:

"لا ترد الوديعة عند موت المودع إلا لوارثه أو لمن ينوب قانونا عن هذا الوارث.

وإذا تعدد الورثة، كان للمودع عنده الخيار بين أن يرفع الأمر للقاضي وإجراء ما يأمر به لإبعاد المسؤولية عنه، وبين أن يرد الوديعة للورثة كل بقدر نصيبه. وهنا يتحمل مسؤولية فعله.

وإذا كان الشيء المودع غير قابل للتبعيض، وجب لتسلم الورثة إياه اتفاقهم فيما بينهم على ذلك.

وإن كان من بينهم قاصرون أو غائبون، لم يسغ رد الوديعة إلا بإذن القاضي.

وكذا إعلام المودع بكل مطالبة تتعلق بها، والتي لا تحول دون الرد إلا بمقرر قضائي.

الفقرة الثالثة: التحويـل

بدأت عملية التحويل تقليدية، شأنها في ذلك شأن سائر العمليات التي يقوم بها البنك، لكن في السنوات الأخيرة، ومع غزو تكنولوجيا المعلوميات والاتصالات لمختلف مناحي الحياة، ظهرت التحويل البنكي الإلكتروني، الذي يفيد نقل مبلغ مالي من حساب بنكي إلى حساب آخر بواسطة قيد المبلغ آليا.

وبمفهوم آخر، فإن عملية التحويل البنكي الإلكتروني أداة لتـداول المبالغ المدونة في الحسابات البنكية باعتبارها نقودا إلكترونية تؤدي إلى الوفاء بالديون دون حاجة إلى نقل النقود ماديـا، إذ يكفـي أن يصـدر المدين إلى البنك أمرا بتحويل مبلغ إلى حساب دائنه فتبرأ ذمته تجاه هذا الأخير بمجرد القيام بعملية قيد المبلغ المطلوب في حساب الدائن عبـر الحاسب الآلي للبنك.

ولا يخفى ما تطرحه عملية التحويل البنكـي الإلكترونـي مـن إشكالات قانونية، كتحديد طبيعتها القانونية، وتحديد القـانون الواجـب التطبيق عليها إذا أجريت بين مصارف موجودة في دول مختلفة، تنتظر تأطيرها من قبل المشرع المغربي- مواكبة منـه لمتطلبـات العصـر الحديث ومنها رقمنة العمل البنكـي اعتبـارا لأهميتـه فـي النسـيج الاقتصادي – سواء في مدونة التجارة، التي منـذ تسـعينيات القـرن

فإذا لم يتفق الورثة، أو لم يحصلوا على إذن القاضي، كان للمودع عنده أن يبرئ ذمته بإيداع الشيء في المحل المخصص للأمانات على وفق ما يقضي به القانون. ويسوغ أيضا أن يلزمه القاضي بإجراء هذا الإيداع بناء على طلب كل من له مصلحة. عند إعسار التركة، وعند وجود وصايا، يجب على المودع عنده رفع الأمر للقاضي".

الماضي لم تعرف إلا تعديلات طفيفة، أو في القانون البنكي، لأن المقتضيات الواردة فيه لا تكفي بذاتها لاحتواء هذه الإشكالات.

والتحويل البنكي -أو النقل المصرفي- عموما هو بمثابة عملية تقوم أساسا على نقل مبلغ من حساب إلى حساب آخر عن طريق إجراء قيد في الحسابين، وهي تكفل تسوية المعاملات بين الأشخاص بسهولة وتغني عن استخدام النقود وتعد بالنسبة للزبون الآمر وفاء مبرئا للذمة بقيد مبلغ التحويل في حساب المستفيد[1058].

أولا: معنى التحويل البنكي

نظرا لأن البنك يقوم من خلال هذه العملية بالوفاء ونقل مبلغ نقدي من حساب بنكي إلى حساب آخر، فإن اتجاها في الفقه الحديث يذهب إلى اعتبار التحويل البنكي أداة للوفاء بتسليم نقود كتابية، ومنه أيضا من يرى أن كلا من التحويل والإشعار بالاقتطاع[1059] خدمة بنكية ترتكز أساسا على نقل النقود من حساب بنكي إلى حساب آخر مع فارق بسيط يكمن في كون التحويل يتم في صورته الغالبة في شكل عملية منفردة في حين أن الإشعار بالاقتطاع يتم في الأصل لتسوية المعاملات التي يطبعها عنصر الاستمرارية والتكرار.

1058- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 124.

1059- قصد مواجهة تعدد وتكرار العمليات التي يجريها الزبناء بصفة مستمرة في إطار تشغيلهم لحساباتهم البنكية، ولتبسيط تنفيذها سواء من جانب صاحب الحساب أو من جهة دائنه، ابتكرت البنوك هذه الخدمة التي تنبني على اتفاق الطرفين على أن تتم تسوية الديون مباشرة من قبل بنك المدين بطلب من الدائن، حيث يعطي المدين أمرا دائما لمؤسسته البنكية باقتطاع من حسابه البنكي المفتوح لديها، المبالغ التي من شأنها أن تكفي في وفاء ما بذمته من ديون لفائدة دائنه.

وتعد تقنية الإشعار بالاقتطاع، صورة متطورة للتحويل البنكي التي رغم أنها غير منظمة بنص قانوني خاص في بلادنا، إلا أن البنوك تتعامل بها مع زبنائها.

- امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 289 وص 290.

هذا باختصار عن التحويل البنكي كما صاغته بعض أقلام رجال الفقه القانوني، أما على مستوى التشريع وخاصة منه المغربي، فنجد أن مدونة التجارة تناولته في المواد من 519 إلى 532 من كتابها الرابع وعرفته في الفقرة الأولى من المادة 519 بما يلي:

"التحويل عملية بنكية يتم بمقتضاها إنقاص حساب المودع بناء على أمره الكتابي بقدر مبلغ معين يقيد في حساب آخر"، وأضافت قائلة في الفقرتين الأخيرتين منها:

"تمكن هذه العملية من:

1-نقل مبلغ نقدي من شخص إلى آخر لكل منهما حساب لدى المؤسسة البنكية أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين.

2-نقل مبلغ نقدي بين حسابات مختلفة مفتوحة باسم نفس الشخص لدى المؤسسة البنكية ذاتها، أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين.

إذا كان المستفيد من التحويل مكلفا بنقل المبلغ إلى الجانب الدائن من حساب شخص آخر، وجب ذكر اسم هذا الأخير في أمر التحويل".

وهو نص لم يكتف فيه المشرع -حسب نظرنا- بتحديد مفهوم التحويل كعملية بنكية، وإنما أشار فيه أيضا إلى مجموعة من المقتضيات التي ترتبط بإجرائه.

وعلى كل حال، فإن التحويل البنكي عملية تنطوي على فائدة مؤكدة ذلك أن مناطها هو نقل الحقوق المالية المقيدة في حسابات بنكية وليس النقود ذاتها، وهي قد تكون إما من حساب شخص إلى حساب شخص آخر لدى نفس البنك، أو لدى بنكين مختلفين، كما قد تتم بين حسابات مختلفة لشخص واحد أي لنفس الزبون لدى نفس البنك أو لدى بنكين مختلفين.

وعليه، فإن التحويل البنكي عبارة عن عملية تستهدف تفريغ حساب شخص يسمى "الآمر- وهو الطرف المدين- من مبلغ نقدي معين وقيده في الجانب الدائن لحساب آخر قد يكون باسم الآمر نفسه، أو باسم شخص آخر يسمى المستفيد.

Scanné avec CamScanner

ثانيا: شروط إجراء عملية التحويل البنكي وآثارها

إن التحويل البنكي عملية تتطلب من حيث الشروط وجود حسابين بنكيين لكي يتم نقل مبلغ مالي من أحدهما إلى الآخر، سواء أكان هذان الحسابان مفتوحين معا باسم الآمر أو باسم شخصين مختلفين، وسواء أكانا ممسوكين معا من طرف نفس البنك الصادر إليه الأمر أو من قبل بنكين مختلفين، هذا إلى جانب أن يكون الهدف من هذه العملية نقل مبلغ من النقود من حساب إلى آخر، وأن يصدر الأمر بالتحويل كتابة.

ولتنفيذ هذه العملية، يشترط إصدار أمر من شخص يمسك حسابا بنكيا -يدعى الآمر- إلى البنك مشتملا على جميع البيانات اللازمة التي من شأنها أن تسمح لهذا الأخير بإنقاص حسابه بمبلغ نقدي، ونقله إلى حساب آخر يكون هو المستفيد من هذه العملية، ومتضمنا على وجه الخصوص اسم الشخص الذي سيقيد في الجانب الدائن لحسابه، المبلغ المنقول بواسطة هذه العملية.

والجدير بالذكر، أن الأمر بالتحويل يقع صحيحا سواء تعلق بمبالغ مقيدة بحساب الآمر، أو بمبالغ سيتم تقييدها في الجانب الدائن لحسابه في الأجل المتفق عليه مع البنك.

وتترتب عن التحويل البنكي مجموعة من الآثار القانونية منها أن المبلغ الصادر بشأنه أمر التحويل إلى المؤسسة البنكية يصبح حقا للمستفيد ابتداء من وقت تقييده في الجانب المدين لحسابه هو، حيث لا يجوز له بعدئذ التراجع عن هذا الأمر لأن المبلغ المذكور أصبح منذ ذلك الوقت في ملكية المستفيد من التحويل.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه ضمانا لحماية حقوق المستفيد خلال الفترة الفاصلة بين تاريخ تقييد المبلغ في الجانب الدائن لحسابه وبين تاريخ تقييده في الجانب المدين لحساب الآمر، نص المشرع على إبقاء الدين الذي صدر أمر التحويل وفاء له قائما بكل

Scanné avec CamScanner

ضماناته وتوابعه إلى أن يقيد المبلغ المحول فعلا في الجانب الدائن من حساب المستفيد.

كذلك إذا أخطأ البنك عند قيامه بتنفيذ أمر التحويل الصادر إليه من زبونه بشكل أو بآخر[1060] فإنه يمكنه إرجاع الأمور إلى نصابها الصحيح.
وإذا كان الآمر هو السبب في وقوع البنك في الغلط الناتج عنه نقل المبلغ موضوع عملية التحويل إلى شخص آخر غير المستفيد الحقيقي فإنه يجوز للبنك الرجوع على الآمر بالمبلغ الذي تم تحويله إذا تعذر عليه استرداده من المستفيد.
أما إذا كانت البيانات المدرجة في أمر التحويل غامضة بشكل ظاهر للعيان، فإنه لا يجوز للبنك في مثل هذه الحالة الرجوع عليه ولو تعذر عليه استرداد المبلغ المذكور من الشخص الذي استفاد منه.

ثم إن البنك الذي يمسك حساب الآمر بالتحويل يسأل تجاه هذا الأخير عن كل تأخير غير عادي في تنفيذ أمره، مسؤولية الوكيل الذي يتعين عليه أن يبذل في القيام بمهمته عناية الرجل المتبصر، بل إن مسؤولية البنك لا تقف عند حد جبر الضرر الناتج عما قد يرتكبه من أخطاء في تنفيذ الأمر الصادر إليه من صاحبه، وإنما يشمل أيضا أخطاء البنوك التي تحل محله في إتمام عملية التحويل.

1060- كأن ينجز عملية التحويل من دون أمر صادر إليه من صاحب الحساب، أو أن يقع في غلط في شخص المستفيد أو في المبلغ الواجب نقله إليه مثلا.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثاني
العقود المتعلقة بالائتمان البنكي وضماناته

تعتبر البنوك إلى جانب شركات التمويل مؤسسات ائتمان في التشريع المغربي، وبالتالي، فإن مهمتها لا تنحصر في تلقي الودائع وحراستها وإرجاعها إلى أصحابها عند الطلب أو في الميعاد المتفق عليه، وإنما تستعمل الودائع النقدية التي تكون بمثابة مدخرات لديها وإجراء العمليات الائتمانية وهكذا فإن الإيداع البنكي بمختلف صوره لا يشكل النشاط الرئيسي للبنوك بل يعد جزءا منه فقط.

وإذا كان الأصل في العمليات الائتمانية التي تقوم بها، تتأسس على ثقتها بزبنائها المستفيدين من الائتمان، إلا أن هذا لا يغنيها من السعي إلى الحصول على ضمانات شخصية أو عينية نظير التسهيلات الائتمانية التي تقدمها لزبائنها.
وبناء عليه، فإن دراستنا لهذا المطلب تقتضي أن نتعرض من جهة لعمليات الائتمان البنكي ومن جهة أخرى لضماناته وذلك على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: عمليات الائتمان البنكي

يتميز الائتمان البنكي بالتنوع نظرا لتعدد واختلاف العمليات التي تجريها البنوك في هذا المجال باعتبارها مؤسسات محترفة تتولى مهمة إشباع حاجيات زبنائها.

ولعل من أهم الحالات شيوعا في الائتمان البنكي الذي تمنحه البنوك في شكل مبالغ نقدية تسلمها للمستفيدين من ذلك نجد فتح الاعتماد والخصم.

Scanné avec CamScanner

أولا: فتح الاعتماد

يعتبر فتح الاعتماد والاعتماد المستندي، من أبرز الاعتمادات البنكية[1061] إلا أن المشرع المغربي نظم الأول دون الثاني مع أنه يعرف نزاعات كثيرة تعرض على نظر قضائنا الذي يطبق بشأنها القواعد والعادات الموحدة الموضوعة من قبل غرفة التجارة الدولية والمصادق عليها من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1062].

وبعبارة أخرى، فإنه نظرا للمشاكل القانونية التي تطرحها التجارة الدولية، فإن المجتمع التجاري الدولي عمل جاهدا على إيجاد

1061– تنقسم الاعتمادات البنكية إلى عدة أنواع منها الاعتمادات بحسب مدتها، وهذه تتفرع إلى اعتمادات قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل، والأصل فيها أنها قصيرة الأجل، لأن البنوك تعتمد في منحها على ما تحصل عليه من ودائع نقدية، وهي وحدها تسمح بعودة النقود بسرعة وبكيفية مستمرة إلى خزانة البنك، فيتمكن من مواجهة طلبات استرداد الودائع.

وبحسب ضماناتها، تنقسم إلى اعتمادات مضمونة بتأمينات شخصية كالكفالة، وأخرى غير مضمونة بأي تأمينات، بحيث تمنح للزبون اعتبارا لثقة البنك في يسره وملاءته المالية.

وبالنظر إلى طريقة تنفيذها، تنقسم إلى اعتمادات نقدية يقدم فيها البنك نقودا إلى زبونه أو يعده بذلك، وهذا هو الوضع الغالب، واعتمادات يقتصر فيها هذا الأخير على مجرد إفادة العميل من توقيعه وتمكينه من الحصول على ثقة الغير كما في الاعتماد بالقبول والكفالة البنكية، واعتمادات تتم بطريق الخزانة أي أن البنك يقدم قروضا لزبونه، واعتمادات تتم بخصم الأوراق التجارية، وجميع هذه الاعتمادات قد تكون مسبوقة أو غير مسبوقة بفتح الاعتماد.

– مصطفى كمال طه وعلي البارودي، القانون التجاري: الأوراق التجارية. الإفلاس. العقود التجارية. عمليات البنوك. طبعة سنة 2001. ص 643 و 644.

1062– تعتبر غرفة التجارة الدولية –التي أنشئت سنة 1919 واتخذت من مدينة باريس مقرا لها– من الهيئات غير الحكومية المهتمة بتوحيد قانون التجارة الدولية بل يمكن القول إنها منظمة رجال الأعمال في العالم التي وجدت لكي تحقق وتحافظ على مبدأ حرية التجارة الدولية، وتنسيق وتسيير النشاط التجاري، وتمثيل رجال الأعمال على المستوى الدولي، وقد أصدرت هذه الغرفة قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي وبنقل البضائع وبالاعتماد المستندي وغيرها.

حلول لها، استقاها من العرف التجاري الدولي وصاغها في إطار قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدولي، وذلك بصرف النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي لكل دولة على حدة.

وهكذا ظهر الاعتماد المستندي كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولية، إذ يتصل اتصالا وثيقا بالبيوعات البحرية، وقد تزايدت أهميته على إثر تطور وازدهار الاستيراد والتصدير في شتى أنحاء العالم.

ونظرا للدور الطلائعي الذي يلعبه على صعيد هذا النوع من التجارة، فإن مجموعة من التشريعات المقارنة خصصت له مقتضيات ضمن قوانينها التجارية، كما هو الحال بالنسبة لقانون التجارة البحريني رقم 7 لسنة 1987[1063] وقانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006[1064].

هذا، وتتلخص عملية الاعتماد المستندي في قيام البنك بفتح اعتماد بناء على طلب زبونه المشتري، لفائدة البائع، يتعهد له فيه بأن يدفع إليه ثمن البضاعة موضوع العملية التجارية بعد توصله بمستندات شحنها وفحصه إياها.

أما أشخاصها في التجارة الدولية فهم، الزبون أو المشتري، الذي يتقدم إلى بنكه بفتح اعتماد مستندي لفائدة البائع من أجل أداء ثمن البضاعة التي سيدلي هذا الأخير بالمستندات المتعلقة بها؛ والمستفيد أو البائع، الذي يصدر الاعتماد لفائدته والذي تصرف إليه قيمة الاعتماد لما يتقدم بمستندات شحن البضاعة؛ ثم البنك المنشئ، أي بنك المشتري الذي يعمل على فتح اعتماد مستندي بناء على طلبه، ويلتزم إزاء المستفيد بدفع قيمة هذا الاعتماد مقابل توصله بمستندات شحن البضاعة؛ وكذا البنك المبلغ أو البنك المراسل، الذي يبلغ المستفيد بخطاب الاعتماد الوارد عليه من البنك المنشئ.

1063 – أنظر المواد من 317 إلى 326 منه.
1064– أنظر المواد من 386 إلى 399.

Scanné avec CamScanner

والجدير بالإشارة، أن دواعي السرعة التي تقتضيها المعاملات التجارية، قد تدفع البنك فاتح الاعتماد إلى الاستعانة ببنك آخر في بلد المستفيد لتأييد الاعتماد، يسمى البنك المؤيد، الذي يقوم مقام البنك فاتح الاعتماد في علاقته بالمستفيد، حيث يلتزم بدفع قيمة الاعتماد إليه بعد فحص المستندات التي يدرسها وكل الوثائق المتعلقة بالعملية[1065].

أما فتح الاعتماد[1066] الذي تناوله المشرع المغربي، كعقد من العقود البنكية، في المادتين 524 و525 من مدونة التجارة، فهو كسابقه يندرج في عداد الاعتمادات البنكية أي عمليات الائتمان التي تجريها البنوك والتي تقوم على وضع الثقة في الزبون أو ضمان البنك له والتي يعد القرض أقدم وأبسط صورة لها، إذ بموجبه يسلم البنك النقود مباشرة إلى الزبون أو تقيد في الجانب الدائن لحسابه بمراعاة يسره وأمانته.

والغالب أن يكون المقترض من غير التجار، ويتعلق القرض بتلبية حاجاته الاستهلاكية، بعكس التاجر الذي تتسم حاجاته الخاصة بمقاولته بالتجدد والاستمرارية، لذلك كان لابد من إيجاد مصدر مالي يتناسب مع طبيعتها، بحيث تتيح للزبون سحب المبالغ الموضوعة تحت تصرفه تدريجيا وبالقدر الذي تقتضيه متطلبات تجارته، دون أن يدفع فوائد عن المبالغ التي لم يتم سحبها، وهذا هو فتح الاعتماد، الذي يرتبط

1065- راجع بهذا الخصوص:
- محمد جنكل، العمليات البنكية المباشرة: الحساب بالاطلاع. الاعتماد المستندي. القرض والخصم. دراسة قانونية وفقهية وقضائية منقحة طبقا لأحدث التعديلات في القوانين المغربية والقوانين المقارنة. طبعة سنة 2010. ص 126. ومن 128 إلى 130. و136.
وفيما يتعلق باجتهادات القضاء المغربي في هذا الإطار، أنظر مثلا:
- نبيل أبو مسلم، الدليل العملي في المنازعات البنكية من خلال رصد لأهم مواقف القضاء المغربي. طبعة سنة 2010. من ص 249 إلى ص 265.
1066- مفهوم الاعتماد في المجال البنكي هو الثقة التي تمنحها مؤسسة الائتمان لزبونها لتمكنه من الحصول على ثقة الآخرين فيه.

Scanné avec CamScanner

تقنيا بالقدرة على الوفاء التي يراد بها حالة التوازن التي تمكن المقاولة من أداء ديونها في أي وقت، الشيء الذي يجعله محكوما بقواعد خاصة تتماشى مع طبيعته المتميزة، والتي سنبينها فيما يلي:

1- تعريف فتح الاعتماد وخصائصه

أ- تعريف فتح الاعتماد

عرفت الفقرة الأولى من المادة 524 من مدونة التجارة فتح الاعتماد بقولها:

"فتح الاعتماد هو التزام البنك بوضع وسائل للأداء[1067] تحت تصرف المستفيد أو الغير المعين من طرفه في حدود مبلغ معين من النقود"[1068].

1067- تعتبر وسيلة أداء، وفق مقتضيات المادة 4 من ظهير 6 يوليوز 1993 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها -المحال عليها بموجب المادة 329 من مدونة التجارة- والمادة 6 من ظهير 14 فبراير 2006 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها:

"كل وسيلة تمكن كل شخص من تحويل أموال كيفما كانت الطريقة أو الخطة التقنية المستعملة لذلك".

وهي وفق منطوق المادة 6 من القانون 103.12:

"...جميع الأدوات التي تمكن أي شخص من تحويل أموال كيفما كانت الدعامة أو الطريقة التقنية المستعملة لذلك.

تعتبر كذلك وسيلة للأداء النقود الإلكترونية المعرفة كقيمة نقدية تمثل دينا على المصدر والتي تكون:

- مخزنة على دعامة إلكترونية.
- ومصدرة مقابل تسليم أموال بمبلغ لا تقل قيمته عن القيمة النقدية المصدرة.
- ومقبولة كوسيلة للأداء من قبل الأغيار غير الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية".

وتتولى تقديم خدمة أداء أو أكثر من خدمات الأداء المبينة في المادة 16 من هذا القانون، مؤسسات تدعى "مؤسسات الأداء" التي يمكن لها كذلك أن تزاول عمليات الصرف مع التقيد بمقتضيات النصوص التنظيمية والتشريعية الجاري بها العمل، كما تنص على ذلك المادة 15 من القانون رقم 103.12.

Scanné avec CamScanner

ومن خلال هذا النص، يتضح أن المشرع ميز بطريقة غير مباشرة عقد القرض عن فتح الاعتماد، الذي بموجبه يضع البنك تحت تصرف الزبون وسائل للأداء كالخصم والتحويل وغيرهما علاوة على الائتمان بالقرض 1069.

وعلى العموم، فإن فتح الاعتماد، عقد يتعهد البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف الزبون أداة من أدوات الائتمان، وذلك في حدود مبلغ نقدي معين لمدة محددة أو غير محددة؛ أو هو بصيغة أخرى، اتفاق بين البنك والزبون، يتعهد بموجبه البنك بأن يضع مبلغا من المال تحت تصرف هذا الأخير خلال مدة معينة يستفيد خلالها من المبلغ المتعهد به بقبضه كله أو بعضه أو بسحب شيكات عليه أو بإصدار أوامر التحويل البنكي، وفي مقابل ذلك يلتزم برد المبالغ المسحوبة وما قد ينشأ عنها من فوائد.

أما خدمات الأداء كما وردت في المادة 16 المشار إليها أعلاه، فتتمثل في:
1- عمليات تحويل الأموال.
2- الودائع والسحوبات النقدية في حساب أداء.
3- تنفيذ عمليات الأداء بواسطة أي وسيلة اتصال عن بعد شريطة أن يعمل المتعهد فقط كوسيط بين المؤدي ومورد السلع والخدمات.
4- تنفيذ اقتطاعات دائمة أو أحادية وتنفيذ عمليات الأداء بالبطاقة وتنفيذ التحويلات عندما تتعلق بالأموال الموظفة في حساب أداء.
وتستبعد هذه المادة من نطاق خدمات أداء، عمليات الأداء المنجزة عن طريق:
1- شيك كما هو خاضع لأحكام مدونة التجارة.
2- كمبيالة كما هي خاضعة لأحكام مدونة التجارة.
3- حوالة بريدية صادرة أو مدفوعة نقدا أو هما معا.
4- أي سند آخر مماثل على دعامة ورقية .

1068- جاء تقريبا نفس المعنى في الفقرة 1 من المادة 310 من قانون التجارة المصري أن:
" فتح الاعتماد عقد يلتزم البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف عميله مبلغا معينا من النقود بحيث يكون له حق تناوله دفعة واحدة أو عدة دفعات خلال مدة معينة".

1069- وهذا يعني أنه لا يشترط أن يقوم البنك بتقديم وسائل الأداء فعلا، وإنما يكفي أن يتعهد بتقديمها متى طلب الزبون ذلك.

Scanné avec CamScanner

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن أبرز خاصية في هذا العقد كونه لا يتطلب تسليم النقود التي تعهد البنك بتقديمها فورا مثلما هو الحال في القرض، بل للزبون أن يسحب حسب حاجاته المبلغ الموضوع تحت تصرفه، حيث لا يدفع فوائد إلا عن المبلغ الذي سحبه بالفعل، كما لا يدفعها أصلا فيما لو لم يستخدم الاعتماد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المصلحة التي يحققها يستفيد منها البنك إذا علمنا أن النقود التي لم يسحبها تظل كسيولة نقدية لدى هذا الأخير، يوظفها في عمليات ائتمانية أخرى، كما يستفيد منها الزبون ما دام أن سريان الفوائد[1070] في مواجهته، لا يحسب إلا من تاريخ سحب مبلغ الاعتماد أو جزء منه.

ب- خصائص فتح الاعتماد

يتميز عقد فتح الاعتماد بعدة خصائص، منها أنه فضلا عن انعقاده بتراضي طرفيه، فالغالب أن ترد شروطه كتابة، كتحديد قيمته وسعر الفائدة وغير ذلك من الشروط التي تعتبر أساسية، وهو عقد معاوضة لأن البنك يعطي الائتمان مقابل عمولة يدفعها الزبون نظير وسائل الأداء التي يضعها البنك تحت تصرفه لتحقيق حاجياته، وعقد يرتكز على الاعتبار الشخصي، ذلك أن عنصر الجدارة بالثقة أو الائتمان- الذي يمتد إلى يسر الزبون وحسن سلوكه- هو الذي يجعل البنك يتعاقد معه وكلما انتفى هذا الاعتبار أثناء سريان العقد - كأن يتوفى الزبون أو يخضع للتسوية أو التصفية القضائية- إلا وأمكن إنهاء هذا الأخير، وفي هذا السياق نجد المادة 525 من مدونة التجارة تخول للبنك قفل الاعتماد دون احترام الأجل المتفق عليه عند توقف المدين عن الدفع أو ارتكابه خطأ جسيما، وكل اتفاق على خلاف ذلك يعرض البنك للمسؤولية المالية.

1070- تشكل الفوائد التي هي فوائد تجارية عنصرا مهما من عناصر فتح الاعتماد وبالتالي فإن سعرها يختلف عن سعر الفوائد المدنية.

Scanné avec CamScanner

كذلك، فإن الزمن يلعب دورا بارزا في هذا النوع من العقود؛ إذ هو المقياس الذي يقدر به محله، ولأن الائتمان لا يوجد إلا إذا كان هناك فاصل زمني بين ما يقدمه مانح الائتمان وما يسترد من المستفيد منه، لكونه العنصر الذي من شأنه أن يخلق الثقة لدى الأول في الطرف الثاني، ناهيك عن أن فتح الاعتماد الذي يدخل في صميم النشاط الذي تزاوله البنوك خاصة منه العمليات الائتمانية، يعد أيضا عملا تجاريا بالنسبة للبنك بنص البند السابع من المادة السادسة من مدونة التجارة ويكون تجاريا أو مدنيا بالنسبة للزبون بحسب صفته - تاجر أو غير تاجر - والغرض الذي يخصص له الاعتماد.

وعقد فتح الاعتماد يقترن عادة بعقد آخر هو الحساب الجاري حيث يضع البنك المبلغ المعتمد في الجانب الدائن للزبون، فيتسنى له أن يتصرف برصيد الحساب طيلة المدة المحددة للاعتماد.

وتسعفنا هذه الخصائص في ملامسة الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد، لنقول إنه ليس قرضا، لأن القرض يفترض تسليم مبلغ من النقود إلى الزبون فور انعقاد العقد، أما في فتح الاعتماد، فإن الزبون قد لا يكون في حاجة إلى هذا المبلغ فورا وإنما يريد أن يسد حاجاته في المستقبل، لذلك يلتزم البنك بوضع هذا المبلغ تحت تصرفه خلال مدة معينة، والراجح أن عقد فتح الاعتماد يعتبر وعدا بالقرض من جانب البنك ويتحول إلى قرض حينما يطلب الزبون استعمال المبلغ الذي وضع تحت تصرفه.

والجدير بالإشارة، أنه بمجرد إبرام عقد فتح الاعتماد تستحق العمولة سواء استخدمه الزبون أو لم يستخدمه، كما تستحق الفائدة ابتداء من تاريخ السحب بقدر المبلغ المسحوب.

2- انعقاد عقد فتح الاعتماد وانقضاؤه

إن خصوصية فتح الاعتماد كعقد ينضوي تحت عمليات الائتمان البنكي، جعلته يستأثر باهتمام التشريع والفقه والقضاء، ليس فحسب على مستوى تحديد مفهومه ومحاولة إبراز طبيعته القانونية، ولكن أيضا على مستوى تبيان شروط انعقاده وأسباب انقضائه مع ما يترتب على ذلك من آثار تسري في مواجهة طرفي العقد أي البنك والزبون.

ويخضع عقد فتح الاعتماد من حيث انعقاده كسائر العقود للقواعد العامة، لكن نظرا لكونه عقدا تجاريا بنكيا؛ فإنه يتطلب قواعد أخرى خاصة به.

صحيح أن الأصل في العقود الرضائية، إلا أنه بالنسبة لفتح الاعتماد هو عقد نمطي، أو عبارة عن نموذج في صيغة عقدية، اقتضته الممارسة البنكية، يتضمن جميع الشروط العامة، من ذلك الحد الأقصى لمبلغ الاعتماد، وأجل وكيفية استخدامه من قبل الزبون إلى غير ذلك ثم يتم التوقيع عليه من الطرفين أي البنك والمدين عند حصول الاتفاق فيما بينهما، علما أن العقود البنكية عموما هي عقود تخلصت من الحرية التعاقدية لتصبح عقود إذعان.

ولابد في هذا العقد أيضا، من توفر الأهلية لدى طالب فتح الاعتماد سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، وعلى البنك أن يتحقق من توفرها بما لديه من آليات ووسائل للتحري عن شخصية الزبون ومركزه المالي، وذلك من أجل اتقاء المخاطر المرتبطة بمنح الائتمان عن طريق حصوله على ضمانات عينية أو شخصية إلى جانب قيامه بمراقبة كيفية استخدام الاعتماد من جانب الزبون[1071].

1071-

voir à ce propos :

- Michel Vasseur: la résponsabilité civile du banquier dispensateur de credit. Edition . 1978.P 64.

وبما أنه يقوم على الاعتبار الشخصي، فإنه يكون قابلا للإبطال إذا استعمل الزبون طرقا احتيالية لإيقاعه في الغلط، ولنفس الاعتبار، لا يجوز لهذا الأخير التنازل عن الاعتماد لشخص آخر دون موافقة البنك وهو ما يتماشى مع منطق المادة 425 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي مثلا التي تفيد بأنه:

"لا تجوز حوالة الاعتماد دون موافقة المصرف الذي قام بفتحه".

غير أن هذا لا يمنع الزبون من توكيل غيره في استخدام الاعتماد المفتوح له حسبما يستشف من المادة 524 من مدونة التجارة في معرض تعريفها لفتح الاعتماد حيث ذهبت إلى أنه "التزام البنك بوضع وسائل الأداء تحت تصرف المستفيد أو الغير المعين من طرفه".

ويرتب فتح الاعتماد بعد انعقاده صحيحا التزامات متبادلة على عاتق طرفيه؛ إذ من جهة البنك، يلتزم بوضع المبالغ المتفق عليها تحت تصرف المستفيد من الاعتماد طبقا للشروط الواردة في العقد.

والجدير بالملاحظة، أنه في إطار قاعدة توزيع المخاطر الائتمانية الهادفة إلى تحقيق حماية أفضل للمودعين، تم إقرار معامل لا يمكن تجاوزه في إقراض كل زبون حتى تكون هناك ملاءمة بين حجم الائتمان الممنوح من قبل البنك وموارده الأساسية، وهذا يعني أن الاتفاق يضع حدا أقصى لمبلغ الاعتماد الذي يلتزم به البنك، ويتم تنفيذ الاعتماد بالكيفية المتفق عليها، وإلا تم الركون إلى العرف، أما فيما يخص تحديد مدة الاعتماد، فإن الأجل قد يكون محددا بمدة معينة أو غير معينة، ومن ثم يسوغ للبنك إنهاءه في أي وقت شرط إعلام الزبون بذلك وإعطائه مهلة ليتدبر فيها أموره.

أما من جهة الزبون، فإن التزاماته الأساسية تتمثل في إرجاع المبالغ التي تم استعمالها ودفع العمولة والفوائد المتفق عليها والاستعمال الشخصي للاعتماد طبقا للشروط الواردة في العقد.

Scanné avec CamScanner

هذا بالنسبة لانعقاد عقد فتح الاعتماد وما يرتبه من آثار قانونية في ذمة طرفيه، وهو ككل عقد ينقضي، يختلف حسبما إذا كان محدد المدة أو غير محدد المدة:

ففي الحالة الأولى، ينقضي هذا العقد بحلول أجله أي بانتهاء المدة التي التزم فيها البنك بفتح الاعتماد لصالح الزبون أو بتنفيذ العملية التي خصص الاعتماد لتمويلها، وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثالثة من المادة 525 من مدونة التجارة على أنه:
"ينتهي الاعتماد المفتوح لمدة معينة بقوة القانون بانتهاء المدة المحددة من غير أن يكون البنك ملزما بإشعار المستفيد بذلك".

في حين ينقضي العقد غير محدد المدة بإلغاء البنك للاعتماد في أي وقت بشرط إشعار المستفيد بهذا الإنهاء، وفي هذا الإطار تنص الفقرة الثانية من المادة 525 من نفس المدونة على أنه:
"لا يمكن فسخ الاعتماد المفتوح لمدة غير معينة بصورة صريحة أو ضمنية ولا تخفيض مدته إلا بعد إشعار وانتهاء أجل يحدد عند فتح الاعتماد دون أن يقل هذا الأجل عن ستين يوما" تحت طائلة مساءلة البنك عن الضرر الذي سببه للزبون من جراء عدم إعلامه قبل فسخ الاعتماد.

وبما أن عقد فتح الاعتماد يقوم بمراعاة الاعتبار الشخصي[1072] فإنه يجوز للبنك أن يفسخه أو ينهيه فيما لو طرأ تغيير على مركز الزبون، ويقع هذا الإنهاء سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة، لأنه لا يعقل أن يستمر البنك في تقديم ائتمانه لزبون سحبت منه مقومات الثقة التي تعاقد على أساسها، وهو ما كرسه المشرع في الفقرة الرابعة من المادة 525 من مدونة التجارة التي تفيد بأنه :

1072- ينطوي الاعتبار الشخصي على عناصر موضوعية كيسر الزبون وسلامة المشروع الذي يستغله، وأخرى شخصية كأمانته وقدرته على إدارة هذا الأخير وتمتعه بالأهلية وغير ذلك.

"سواء كان الاعتماد مفتوحا لمدة معينة أو غير معينة، فإنه يمكن للمؤسسة البنكية قفل الاعتماد بدون أجل، في حالة توقف بين للمستفيد عن الدفع أو في حالة ارتكابه لخطأ جسيم[1073] في حق المؤسسة المذكورة أو عند استعماله للاعتماد" وكذا القضاء في بعض اجتهاداته[1074].

1073- وعلاقة بالموضوع هناك قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس - رقم96 الصادر بتاريخ 22 فبراير 2000 في الملف عدد 869/99- قضت فيه بما يلي:
"يمكن للمؤسسة البنكية قفل الاعتماد بدون أجل في حالة توقف بين للمستفيد عن الدفع، وفي حالة ارتكابه لخطأ جسيم في حق المؤسسة المذكورة، وعند إساءة استعماله للاعتماد طبق مقتضيات المادة 63 من القانون البنكي ... والمادة 525 من مدونة التجارة، وبالتالي فإنه لا مجال لمساءلة البنك".
1074- وفي هذا الصدد قضت إحدى المحاكم بما يلي:
"...لئن كانت المادة 63 من القانون البنكي المؤرخ في 6 يوليوز 1993 والمادة 525 من مدونة التجارة قد أقرتا من جهة، مبدأ يهدف إلى حماية الزبون من تعسف البنك الناتج عن الإنهاء المباغث غير محدد المدة، وذلك بإلزام البنك في هذه الحالة بأن يخبر المستفيد كتابة بقراره وأن ينتظر انصرام مدة الإشعار التي ينبغي أن تحدد عند إبرام عقد الاعتماد، فإنهما أوردتا من جهة أخرى استثناءا لهذا المبدأ تعفى بموجبه المؤسسة البنكية في حالات معينة من التقيد بأي مهلة إشعار، فيما يخص إنهاء عقد فتح الاعتماد".
أنظر قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر في الملف عدد 99.869 بتاريخ 22 فبراير 2000، المنشور بمجلة المحاكم التجارية. العدد 1. ماي سنة 2004 . ص 261.

هذا، ويتمخض عن إنهاء العقد استنادا إلى الاعتبار الشخصي من ناحية، أن البنك غير ملزم باحترام الأجل المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 525 من مدونة التجارة، بل وغير ملزم حتى بتبليغ المستفيد بإشعار كتابي يبين فيه أسباب إنهاء العقد، على أساس أن هذه المادة حينما أشارت إلى الأجل، لم تؤكد على ضرورة توجيه الإشعار حتى يتسنى للزبون اتخاذ جميع الاحتياطات الضرورية للدفاع عن حقه ومن ناحية ثانية، حق البنك في الامتناع عن تقديم ما تعهد به أو الاستمرار فيه والتزام المستفيد برد ما تلقاه من اعتماد قبل الإنهاء.

ثانيا: الخصم

من بين العقود البنكية، يأتي الخصم كصورة من صور الائتمان أو بالأحرى كإحدى العمليات البارزة التي ينهض بها البنك في إطار الخدمات التي يقدمها لزبنائه، والتي تنصب أساسا على الأوراق التجارية، وتتم عن طريق تظهير الورقة التجارية من الزبون المستفيد منها إلى البنك، وقد تناول المشرع المغربي تنظيمها في المواد من 526 إلى 528 من مدونة التجارة.

1- تعريف الخصم

يشكل الخصم، تقنية ائتمانية تمكن البنك من تحقيق فائدة وعمولة يتقاضها نظير قيامه بهذه العملية، وكذا من إعادة الخصم متى كان في حاجة إلى سيولة نقدية لدى بنك المغرب، كما أن من شأنها أن تسمح للزبون بالحصول على مبلغ نقدي بصفة فورية دون أن يضطر إلى انتظار حلول أجل استحقاق الورقة التجارية محل الخصم.

ويعرف المشرع الخصم في المادة 526 بقوله:

"الخصم عقد تلتزم بمقتضاه المؤسسة البنكية بأن تدفع للحامل قبل الأوان، مقابل تفويته لها مبلغ أوراق تجارية أو غيرها من السندات

Scanné avec CamScanner

القابلة للتداول التي يحل أجل دفعها في تاريخ معين، على أن يتعهد برد قيمتها إذا لم يف بها الملتزم الأصلي.
وللمؤسسة البنكية مقابل عملية الخصم فائدة[1075] وعمولة[1076]".

والخصم لدى بعض رجال الفقه القانوني، عملية بمقتضاها يـدفع البنك إلى المستفيد من كمبيالة لم يحل أجل استحقاقها بعد، المبلغ الوارد فيها مقابل تنازل هذا المستفيد عن الحق الثابت له في الكمبيالة موضوع العملية، ويمكن في هذا الإطار للبنك المعني بالأمر، أن يخصم من قيمة الكمبيالة مبلغا يسمى سعر أو عمولة الخصم، يعادل الفائدة التي يمكن أن ينتجها المبلغ المدفوع للمستفيد طيلة المدة المتراوحة بين تاريخ إجـراء عملية الخصم وتاريخ استحقاق الكمبيالة المخصومة.
أي أن البنك في إطار عملية خصم الكمبيالات، يقوم بتعجيل دفع مبلغ من المال في انتظار مبلغ آخر غير حال، ثقة منه في استرداد ما عجل بدفعه عند أجل استحقاق الكمبيالة التي تم خصمها"[1077].

أو هو:" نوع من أنواع الائتمانات القصيرة الأجل، يتمثل في تقديم ورقة تجارية أو أي سند قابل للتداول إلى أحد الأبناك - وعادة يكون بنك الزبون- قبل ميعاد الاستحقاق، حتى يدفع مقابل هذا السند قيمته بعد اقتطاع قسم منه يعادل عمولته وفائدة المبلغ عن المدة المتبقية[1078]".

1075- تمثل الفائدة ثمن النقود وتؤدى مبدئيا للطرف الذي يكون رصيده دائنا.
أو هي تعويض عن مخاطرة الدائن بماله عندما يقرض المدين ويجهل مدى وفائه بالتزاماته.
أو هي أيضا مجرد مساهمة من المقرضين، أو أجرة لاستعمال المال المقرض من طرف المدين مدة المداينة، وتعويض للدائن عن الخسارة التي تلحقه بعدم استعماله لذلك المال في مشاريع خاصة به.
- عبد اللطيف شبيب، مرجع سابق، ص 205 وص 228.
1076- يقصد بالعمولة عموما المقابل عن خدمة ما، وبالنسبة للبنك فهي تشكل ذلك المقابل الذي يتوصل به نظير الخدمة التي قدمها لزبونه.
1077- امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص 286.
1078- مشار إليه لدى:

Scanné avec CamScanner

أو هو كذلك: "تظهير الورقة التجارية-الكمبيالة أو السند الإذني- التي لم يحل أجلها بعد، تظهيرا ناقلا للملكية إلى بنك يقوم بدفع قيمتها للمظهر بعد استنزال قدر يمثل فائدة مبلغ الورقة عن المدة ما بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق- تسمى بسعر الخصم- مضافا إليها العمولة"[1079].

2- تمييز الخصم عن العمليات المشابهة

لعل من أبرز العمليات المشابهة للخصم ما يسمى بعملية "استخلاص الأوراق التجارية" التي تندرج ضمن خدمات الصندوق[1080] والتي ترتكز على تسليم الزبون -المستفيد- لبنكه ورقة تجارية قصد قيامه بتحصيل المبالغ الثابتة فيها وإدراجها في الجانب الدائن له[1081].

وهي خدمة حظيت بتنظيم قانوني وذلك من قبل غرفة التجارة الدولية[1082] أما على المستوى الوطني، فإنها كانت قبل دخول القانون البنكي الصادر في 6 يوليوز 1993 ومدونة التجارة الصادرة في فاتح

- محمد جنكل، مرجع سابق، ص 270.

1079- مصطفى كمال طه وعلى البارودي، مرجع سابق، ص 675.

1080- وهي العمليات البنكية المتعلقة بإيداع وسحب النقود بواسطة شيك الشباك، وإيداع الشيكات والأوراق التجارية، وذلك من أجل تحصيل مبالغها وإدراجها في الحساب وإجراء التحويلات البنكية.

1081- أنظر في هذا المعنى :

- علي البارودي ومحمد فريد العريني. القانون التجاري. الجزء الثاني: العقود التجارية والعمليات البنوك. طبعة سنة 2000. ص 426 .

1082- بواسطة نشرة القواعد الموحدة لاستخلاص الأوراق التجارية لسنة 1956 التي عدلت بموجب النشرة رقم 254 لسنة 1967 التي تمت مراجعتها هي الأخرى بالنشرة رقم 322 لسنة 1979 وبعد ذلك بالنشرة رقم 522 التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1996.

للتوسع في الجانب المتعلق بالتطور القانوني للتنظيم الدولي لعملية استخلاص الأوراق التجارية، راجع مثلا:

-Tahar Daoudi : réussir à l'export. 3 ème édition 2002. P 161.

غشت 1996 حيز التنفيذ تخضع للقواعد العامة والأعـراف والعـادات البنكية، والتدخل التشريعي المباشر والوحيد تم بمقتضى المادة 502 من هذه الأخيرة - في إطار تشغيل الحساب بالاطلاع- التي تنص على ما يلي:

"حينما يكون تسجيل دين في الحساب ناتجا عن ورقة تجارية مقدمة إلى البنك يفترض أن التسجيل لم يتم إلا بعد التوصل بمقابلها من المدين الرئيسي. ونتيجة لذلك إذا لم تؤد الورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق فللبنك الخيار في:

- متابعة الموقعين من أجل استخلاص الورقة التجارية.
- أو تقييد في الرصيد المدين للحساب، الدين الصرفي الناتج عن عدم أداء الورقة أو دينه العادي، ردا للقرض، ويؤدي هذا القيد إلى انقضاء الدين. وفي هذه الحالة ترجع الورقة التجارية إلى الزبون".

فهي إذن، كالخصم تنصب على نفس المحل ألا وهـو الأوراق التجارية، وتتم في الغالب من خلال تظهير هذه الأخيرة من قبل الزبون إلى البنك، إلا أنها مع ذلك تختلف عنه من عدة جوانب منها، أنه تكون للبنك في إطار عملية الخصم صفة مالك للورقة التجارية المتنازل عـن الحق الثابت فيها من قبل المستفيد، ومن ثم لا يجـوز للملتـزمين بهـا الاحتجاج تجاهه -باعتباره حاملا حسن النية- بالدفوع المبنيـة علـى علاقاتهم الشخصية بالموقعين السابقين، لأن التظهير الناقل للملكية يطهر الورقة التجارية من مثل هذه الدفوع[1083] وهو ما كرسه المشـرع فـي المادة 171 من مدونة التجارة التي تنص على أنه:

"لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسـكوا تجـاه الحامل بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليهـا السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الإبراء بالمدين".

1083 - Christien Gavalda Et Jean Stoufflet : Droit Bancaire :Comptes.opérations services .3 éme edition. 1979.P 388.

ويتقاضى البنك عن الخصم علاوة على العمولة، فوائد؛ كالفائدة المترتبة على الورقة التجارية المخصومة[1084] ومصاريف تحصيلها من المدين الرئيسي فيها[1085] وكذا مبلغ الضريبة على القيمة المضافة عموما وعلى عملية الخصم على وجه الخصوص[1086] كذلك، في حالة التصفية القضائية للزبون، فإن البنك يكون مالكا للورقة التجارية المقدمة للخصم لا للاستخلاص وبالتالي، فإن المبلغ الوارد فيها يكون بمناى عن اي إجراء يتعلق بهذه الوضعية[1087].

هذا، باختصار عن الخصم، أما فيما يتعلق باستخلاص الأوراق التجارية، فإن البنك يكون مجرد وكيل عن زبونه الذي قدم له هذه الأخيرة لتحصيل مبلغها من المسحوب عليه أي من المدين بها، وذلك في مقابل عمولة، وما دام البنك يقتصر دوره على قبض الورقة التجارية لمصلحة زبونه، فإنه يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهته بكل الدفوع التي كان بوسعه التمسك بها في مواجهة المستفيد.

1084- أفرد بنك المغرب لتنظيم هذا النوع من الفوائد الدورية رقم 8/96 الصادرة في 15 فبراير 1996 التي يتضح من المادة 6 منها أن احتساب الفائدة المستحقة عن خصم الورقة التجارية يتم على أساس عدد الأيام الممتدة بين تاريخ تقديم الورقة للخصم، وبين تاريخ استحقاقها.

1085- تشمل هذه المصاريف، المبالغ التي أنفقها البنك على إثر تقديمه الورقة التجارية إلى المسحوب عليه من أجل الوفاء، أما تلك التي قد يضطر إلى تحملها في حالة رفعه دعوى الرجوع لعدم الوفاء نتيجة عدم تحصيل الورقة التجارية المخصومة من المدين الرئيسي فيها، فإنها لا تدخل في أجر الخصم لأنها تعد من مصاريف الدعوى.

1086- تحتسب هذه الضريبة على مبلغ الفائدة ومبلغ العمولة المستحقتين عن الخصم.

1087 - Christien Gavalda Et Jean Stoufflet. OP. Cit. P 388.

3- إبرام عقد الخصم

صحيح أن كلا من القانون البنكي ومدونة التجارة يشتمل على الأحكام الخاصة المنظمة لعقد الخصم باعتباره عقدا تجاريا، إلا أن هذا لا يعني استقلاله التام عن القانون المدني، أي عن القواعد العامة سيما فيما يتعلق بإبرامه.

فبالنسبة للرضى، لا ينعقد الخصم إلا بتراضي طرفيه واتفاقهما على الخصم كعقد يرتب حقوقا والتزامات لطرفيه، أما عن المحل، فإن الخصم كما هو واضح من المادة 526 من مدونة التجارة يرد على الأوراق التجارية[1088] وغيرها من السندات القابلة للتداول، غير أنه على

1088- تعد الأوراق التجارية بمثابة أدوات لتسوية الديون إما عن طريق تأخير الوفاء بها إلى أجل معين أو قابل للتعيين، وإما عن طريق إحلالها محل النقود في الوفاء بها حالا.

وقد عرفت تطورا مع تطور الاقتصاد العالمي وانتشار التقنيات الحديثة واستعمال الحاسوب الآلي في تسوية الديون، إلا أن مركز الصدارة في تسوية الديون باتت تحتله الأوراق النقدية- كونها تتمتع بقوة إبراء مطلقة- هذا إلى جانب ظهور وسائل أخرى تقوم مقام الأوراق التجارية في أداء هذه الوظيفة، كبطاقة الأداء والسحب والحوالات البريدية ونحوها.

ومن بين الخصائص الجوهرية للأوراق التجارية-التي تحكمها مجموعة من القواعد التي تنظم الحقوق والالتزامات الناشئة عنها تشكل في مجموعها ما يدعى بالقانون الصرفي-كونها تصدر بصفة انفرادية وبقيم مختلفة، وتمثل حقا للمستفيد أو الحامل -يسقط بمضي المدة التي حددها القانون- موضوعه مبلغ معين من النقود يدفع عند الاطلاع أو خلال أجل معين أو قابل للتعيين، وتقبل أن تجرى عليها عملية الخصم من لدن البنك، ناهيك على أن موقعها يكون بقوة القانون ضامنا لقيمتها في حالة عدم الوفاء بها في تاريخ الاستحقاق.

وهي بذلك تختلف من ناحية، عن الأوراق المالية أو القيم المنقولة التي تصدرها شركات الأموال أو الدولة أو غيرها، في مجموعات لا تختلف كل واحدة عن الأخرى، بأرقام متسلسلة، وقيم متساوية، وهي لا تقوم مقام النقود في الوفاء بدين معين وإنما يمكن بيعها في البورصة للحصول على ثمنها، كما لا يمكن تحديد قيمتها بدقة ولا تاريخ استحقاقها بسبب تقلبات الأسعار، ومن ثم لا يتصور خصمها.

صعيد الممارسة نجد أن معظم الأوراق المعروضة للخصم تتجسد في الكمبيالات والسندات لأمر، وإن كان جانب من الفقه يرى قابلية الشيك أيضا للخصم، ذاهبا إلى أن خصم الشيك وإن كان يبدو غريبا للوهلة الأولى لكونه واجب الأداء بمجرد الاطلاع وأن تقديمه من قبل حامله يجعله محقا في قبض قيمته كاملة من المسحوب عليه، فإن خصمه شائع على مستوى الواقع العملي وذلك كلما كان المكان الذي يجب أن يتم فيه أداؤه بعيدا عن موطن المستفيد[1089].

ويترتب على خصم الشيك نفس الآثار التي تترتب على خصم الكمبيالة أو السند لأمر، إلا أنه يجب على البنك الخاصم أن يثبت في حالة نشوء نزاع أنه حاز الشيك المخصوم عن حسن نيـــة وأن التظهير يعتبر ناقلا للملكية وليس توكيليا أو من أجل الاستخلاص كما يجب أن يكون الشيك المخصوم خاليا من أية عبارة تفيد عدم قابليته للتظهير عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 252 من مدونة التجارة[1090].

وفي اعتقادنا، أن وضوح نص المادة 526 من مدونة التجارة، يرفع اختلاف وجهات النظر بشأن محل الخصم، ذلك أن المشرع لئن

ومن ناحية أخرى، عن الأوراق النقدية التي تصدرها الدولة ممثلة في شخص البنك المركزي أي بنك المغرب كبنك الإصدار والضامن لقيمتها-وذلك في فئات متسلسلة الأرقام وبقيم متساوية ومحددة من غير أن تكون أصلا منتجة لأي فائدة- والتي يعد التعامل بها واجبا بحكم القانون ما لم تكن مزورة أو مزيفة وما لم يصدر قانون أو قرار عن السلطة المختصة يقضي بإبطال التعامل بها، هذا فضلا عن كونها تتمتع بقوة إبراء مطلقة من الديون، وكون الحق الثابت فيها لا يطاله التقادم.

للمزيد من التفصيل بخصوص التمييز بين الأوراق التجارية والمالية والنقدية. أنظر مثلا:

- محمد الشافعي، الأوراق التجارية في مدونة التجارة، الطبعة الثالثة، بدون ذكر السنة، الصفحات من 16 إلى 19.

1089- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 676.

1090- احمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 333.

Scanné avec CamScanner

استعمل عبارة الأوراق التجارية التي يمكن أن تحمل على إطلاقها، إلا أن تأكيده على أن يكون أجل دفعها في تاريخ معين، لا يترك شكا في استبعاد الشيك من هذا الإطار، لأنه يكون مستحق الأداء بمجرد الاطلاع عملا بالمادة 267 منها.

وبصرف النظر عن الورقة موضوع عملية الخصم، أي سواء كانت كمبيالة أو سندا لأمر، فإن المؤسسة البنكية تتمتع في مواجهة المدينين الرئيسيين لها والمستفيد من الخصم والملتزمين الآخرين، بجميع الحقوق المرتبطة بالورقة المخصومة أو السند المخصوم، وفي مواجهة المستفيد، تحظى بحق مستقل لاستيفاء المبالغ التي كانت قد وضعتها تحت تصرفه مع الفوائد والعمولات[1091].

وقد لا يتم الوفاء في بعض الأحيان من قبل المسحوب عليه، وفي هذه الحالة يمكن للبنك أن يسلك إجراءات[1092] ودعاوى ترمي إلى استيفاء حقه.

هذا، ونظرا لأهمية الحساب البنكي باعتباره وعاء لإجراء مختلف العمليات البنكية، ووسيلة ربط بين البنك وزبونه، فإن التساؤل يطرح حول ما إذا كان لازما لإبرام عقد الخصم أم لا؟

قد يذهب المرء إلى أنه يمكن للبنك خصم الورقة التجارية ولو لم يكن لصاحبها أي حساب بنكي مفتوح لديه، بدعوى عدم وجود مقتضى قانوني صريح يمنع ذلك، إلا أن الواقع العملي يثبت العكس تفاديا

1091- ذلك ما ورد في المادة 528 من مدونة التجارة.

1092- لعل من أبرز تلك الإجراءات ما يسمى بـ"القيد العكسي" وهو تقنية كثيرا ما يلجأ إليها البنك وذلك عن طريق قيد يجريه في الجانب المدين لحساب زبونه الذي قدم له ورقة تجارية للتحصيل لم يتم وفاؤها نتيجة عدم وجود مؤونة كافية أو نتيجة أسباب أخرى.
علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، مرجع سابق، ص 738.

Scanné avec CamScanner

للأخطار التي قد يتعرض لها، والتي يحترز منها باتخاذه مجموعة من التدابير، من قبيل الاستعلام عن وضعية الزبون ومركزه المالي وفحص الورقة التجارية، والحصول على بعض الضمانات[1093] التي يعول عليها في استرداد مدفوعاته، ونقصد الضمان الاحتياطي[1094] والقبول[1095] ثم التأمين على الائتمان[1096].

4- الآثار القانونية للخصم

لما ينعقد الخصم متوفرا على سائر الشروط التي يتطلبها فيه المشرع، فإنه ينشئ التزامات متبادلة بين البنك والزبون، إذ يجب على الأول أن يدفع لحامل الورقة التجارية المقدمة للخصم مبلغها في مقابل فائدة وعمولة إلى جانب مصاريف التحصيل، كما يتعين على الثاني من

1093- وللإشارة، فإن المشرع المغربي لم يتطرق إلى تلك الضمانات ضمن المقتضيات التي أفردها للخصم.

1094- ويراد به تعهد أحد الموقعين على الورقة التجارية أو أحد من الغير تعهدا شخصيا وصرفيا بأداء مبلغها كلا أو بعضا إذا لم يوفي به المدين الأصلي المكفول في تاريخ الاستحقاق، أما الشخص الذي يضمن احتياطيا الورقة التجارية المقدمة للخصم، فيجب أن تتوفر فيه الأهلية التجارية -لأن الضمان الاحتياطي التزام صرفي تجاري- وأن تتجه إرادته غير المعيبة إلى الضمان، وأن يكون سبب الضمان جديا ومشروعا.

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية. الجزء الأول. الطبعة الأولى. سنة 1999. ص 199.

1095- وهو تعهد من المسحوب عليه لتنفيذ طلب الساحب في دفع مبلغ الكمبيالة إلى المستفيد أو الحامل في تاريخ الاستحقاق؛ وهكذا فإنه يمكن للبنك عندما لا تتضمن الورقة التجارية قبول المسحوب عليه، أن يعلق منح الائتمان إلى الزبون على شرط تقديم القبول.

- علي سليمان العبيدي، الأوراق التجارية في التشريع المغربي. الطبعة الأولى. سنة 1970، ص196.

1096- يجوز للبنك أن يطلب من زبونه أن يؤمن على الائتمان الممنوح له عن طريق تعهد إحدى مقاولات التأمين بدفع مبلغ مالي للبنك عند حصول طارئ يتعلق بعدم الوفاء بالدين من طرف المدين أو الملتزمين أو غيرهم من الضامنين.

جانبه أن يضع هذه الأخيرة بين يدي البنك عن طريق تظهيرها له تظهيرا ناقلا للملكية، الأمر الذي يخوله حق التصرف فيها، إما بإعادة خصمها لدى بنك المغرب أو بنك آخر، أو الاحتفاظ بها إلى غاية حلول أجل الاستحقاق فيقدمها للمسحوب عليه من أجل اداء مبلغها، هذا بطبيعة الحال فيما لو تمت العملية بشكل عادي، لكن إذا لم يتم الوفاء فإنه يحق للبنك أن يسلك الطرق التي تتيح له استيفاء حقه كدعوى الرجوع لعدم الوفاء الناشئة عن السند المخصوم، أي دعوى الرجوع الصرفي لعدم الوفاء[1097] على المستفيد من الخصم باعتباره مظهرا للورقة التجارية وعلى الموقعين عليها بوصفهم ملزمين بالوفاء بها على وجه التضامن.

الفقرة الثانية: ضمانات الائتمان البنكي

في مقابل التسهيلات الائتمانية التي تمنحها البنوك لزبنائها فإنها تحصل منهم على ضمانات شخصية أو عينية تأمينا للمبالغ التي تقرضها لهم.

وبتعبير أخر، فإن جميع الضمانات سواء منها ذات الطابع المدني أو تلك التي أفرزتها الحياة التجارية توظف في ضمان الائتمان البنكي ونحن سنقتصر فقط على الضمانات التي كرسها المشرع في مدونة التجارة ضمن العقود البنكية، ويتعلق الأمر بحوالة الديون المهنية ورهن القيم.

أولا: حوالة الديون المهنية

إذا كان البنك في حدود ضيقة يعتمد في بعض صور الائتمان ذات الأجل القصير أو المتوسط على الثقة التي يضعها في الزبون، وكذا على طبيعة العملية موضوع التمويل عن طريق هذا الائتمان، فإن ضرورة حصوله على ضمانة شخصية أو عينية تامينا للمبالغ التي

1097- راجع المادة 196 وما بعدها من مدونة التجارة.

يقرضها للزبون المعني بالأمر، تظل القاعـدة الراسـخة فـي العمـل البنكي[1098].

وتأتـي حوالـة الديـون المهنيـة في التشريع المغربي كنـوع من حوالة الدين أو الحق[1099] أو بالأحرى كإحدى ضمانات الائتمـان البنكـي إلـى جانـب الكفالـة البنكيـة[1100] مثـلا، ورهـن أدوات

1098- أنظر في هذا المعنى:

- امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق ص 380 وص 382.

1099- تناول المشرع المدني ضمن القسم الثالث من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود تحت عنوان: "انتقال الالتزامات" الانتقال بوجه عام في الفصول من 189 إلى 208. ثم "حوالة مجموعة حقوق أو حوالة الذمة" في الفصلين 209 و 210. ونص في الفصل 189 على أنه:

"يجوز انتقال الحقوق والديون من الدائن الأصلي إلى شخص آخر، إما بمقتضى القانون، وإما بمقتضى اتفاق المتعاقد".

لأخذ فكرة عن حوالة الديون المهنية، أنظر مثلا:

-Mimoun charqi. OP.CIT.P 33-36 .

1100- تعد الكفالة بوجه عام، إحدى الضمانات الشخصية التي تنطوي على فائدة كبرى خاصة وأنها تحقق مصلحة المدين في تسهيل عملية ائتمانية ما وبالتالي تمكنه من الحصول على ما يحتاجه من قروض، ومصلحة الدائن، بوجود شخص آخر يستطيع الرجوع عليه فيما لو تخلف المدين عن الوفاء، بحكم أن منطقها يتأسس على فكرة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بدين.

وتستقي الكفالة أحكامها كما هو معلوم، من القواعد العامة الواردة في القانون المدني - وبالتحديد في الفصول من 1117 إلى 1169 المدرجة في القسم العاشر من الكتاب الثاني المخصص للعقود المسماة وأشباه العقود المرتبطة بها- الذي يعرفها في الفصل 1117 بكونها:

"عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه"

والذي ينص في الفصل 1131 على أنه:

"من أسس الكفالة أن تعقد بغير أجر، وكل شرط يقضي بإعطاء الكفيل أجرا عن كفالته يقع باطلا ويترتب عليه بطلان الكفالة نفسها.

ويستثنى من هذه القاعدة، الكفالة التي تعقد بين التجار لأغراض التجارة، إذا سمح العرف بإعطاء أجر عنها".

ومعدات التجهيز[1101] ورهن الأصل التجاري[1102] ونحو ذلك.

وقد نظم المشرع هذا النوع الآخر من العقود التجارية في الكتاب الرابع من مدونة التجارة إلى جانب العقود البنكية- في المواد من 529 إلى 536 منها- ساعيا بذلك إلى دعم الثقة والائتمان في المجال التجاري وتمكين الفاعلين الاقتصاديين من الحصول على التسهيلات الائتمانية التي يقدمها البنك.

أما عن الكفالة البنكية، التي أشار إليها المشرع في البند 2 من الفقرة 1 من المادة 3 من القانون رقم 103.12 بقوله:

"يعتبر عملية ائتمان كل تصرف بعوض يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص:

-...بالالتزام لمصلحة شخص آخر عن طريق التوقيع في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر..." والتي تجسد ذلك المظهر التقليدي للائتمان البنكي بواسطة التوقيع، فيراد بها تدخل البنك بصفته كفيلا لزبونه والتزامه بالتوقيع - مبدئيا- لفائدته من أجل دعم الثقة التي يفتقر إليها لدى دائنيه.

وهي بذلك تختلف عن خطاب الضمان، الذي يشكل الصورة المتطورة لهذا الصنف من الائتمان غير المباشر، إذ أن الزبون يطلب من البنك إصدار خطاب ضمان لفائدة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينوي التعامل معه، يتعهد فيه بضمانة - أي الزبون- في حدود المبلغ المعين في الخطاب وخلال مدة معينة.

أنظر بخصوص التمييز بين الكفالة وخطاب بالضمان:

- امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق الصفحات 363 و364 ومن 373 إلى 377.

1101- إن رهن أدوات ومعدات التجهيز صورة للرهن دون التخلي عن الحيازة تطرق إليه المشرع في الكتاب الرابع من مدونة التجارة ضمن القسم الأول والمتعلق بالرهن- وذلك في المواد من 355 إلى 377- مصرحا في الفصل 355 بأن:

"أداء ثمن اقتناء أدوات ومعدات التجهيز المهنية، يمكن أن يضمن سواء فيما يخص المقرض الذي يقدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للبائع، وذلك برهن يقتصر على الأدوات أو على المعدات المشتراة".

1102- لا شك فيما يمثله الأصل التجاري من ضمانة مهمة حاولنا إبرازها في معرض حديثنا عنه في حيز آخر من هذه الدراسة.

Scanné avec CamScanner

1- تعريف حوالة الديون المهنية

في محاولة منه لتعريف عقد حوالة الديون المهنية، ذهب المشرع المغربي في المادة 529 إلى أنه:

"يمكن لكل شخص طبيعي أثناء مزاولة نشاطه المهني، أو لكل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص أو للقانون العام، تحويل كل دين ممسوك على أحد الأغيار، سواء أكان شخصا طبيعيا أثناء مزاولة نشاطه المهني، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص أو القانون العام بمجرد تسليم قائمة لمؤسسة بنكية.

ينقل التفويت للمؤسسة المفوت لها، ملكية الدين المحال، سواء مقابل تسبيق كلي أو جزئي لمبلغه أو ضمانا لكل ائتمان سلمته المؤسسة أو ستسلمه للمحيل".

2- شروط إجراء حوالة الديون المهنية

يتضح من خلال ما ورد في المادة 529 من مدونة التجارة بصورة عامة، أنه يتعين لإجراء حوالة الديون المهنية توفر شروط في الأطراف، وفي الديون المحالة، وكذا في القائمة التي بواسطتها يتم نقل هذه الأخيرة تحت طائلة عدم قبولها:

فبالنسبة للأطراف يجب أن يكون المحال له مؤسسة بنكية، وأن يكون المحال عليه إما شخصا طبيعيا يزاول نشاطا مهنيا أثناء إجراء الحوالة، أو كذلك شخصا معنويا -خاضعا للقانون العام، أو الخاص وفي مركز المحيل أو المحال عليه- وفي هذه الحالة فإنه لا يتطلب فيه هذا الشرط، أي إجراء الحوالة حين ممارسة النشاط المذكور.

وفيما يتعلق بالديون موضوع الحوالة، يستشف من المادة 530 التي تنص على أنه:

"خلافا لمقتضيات الفصلين 190 و192 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود[1103] يكون كل دين قابلا للتحويل حتى وإن نتج عن تصرف متوقع الحدوث وكان مبالغه وتاريخ حلوله غير محددين" أنه ينبغي أن تكون مهنية ومتعددة ومترتبة في ذمة الغير، وذلك بغض النظر عما إذا كان الدين ناتجا عن واقعة حالة أم محتملة الحدوث، وعما إذا كان مبلغه وتاريخ استحقاقه محددين أم لا[1104].

أما القائمة، التي وضع لها المشرع مجموعة من البيانات، فيجب توقيعها من قبل المحيل، وتأريخها من طرف المحال له، حيث بمجرد تسلم البنك إياها، فإن ملكية الديون المبينة فيها، تنتقل إليه، وكذا كافة الضمانات التي تتعلق بكل واحد منها.

وهكذا يسري مفعول حوالة الديون المهنية في حق الأطراف وتجاه الغير، ابتداء من التاريخ المذكور في القائمة.

ثانيا: رهن القيم

نظم المشرع المغربي هذا النوع من الرهون في مدونة التجـارة في المواد من 537 إلى 544، التي سنتناول في ضوئها تعريـف القـيم المنقولة وخصائصها والآثار المترتبة عنها:

1103- يقضي الفصل 190 من قانون الالتزامات والعقود بأنه:
"يجوز أن يرد الانتقال على الحقوق أو الديون التي لم يحل أجل الوفاء بها، ولا يجوز أن يرد على الحقوق المحتملة".
وينص الفصل 192 منه على أنه:
"تبطل حولة الحق المتنازع فيه، ما لم بموافقة المدين المحال عليه.
ويعتبر الحق متنازعا فيه، في معنى هذا الفصل، إذا كان هناك نزاع في جوهر الحق أو الدين نفسه عند البيع أو الحوالة، أو كانت هناك ظروف من شأنها أن تجعل من المتوقع إثارة منازعات قضائية جدية حول جوهر الحق نفسه".

1104- أنظر في هذا المعنى:
- امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة والتجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 384.

1- تعريف القيم المنقولة

إن القيم المنقولة في مفهوم ظهير 21 شتنبر 1993[1105] كما وقع تغييره وتتميمه[1106] والمتعلق ببورصة القيم[1107] هي تلك

1105- الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.211 الصادرة في 21 شتنبر 1993 المتعلق ببورصة القيم.

1106- وذلك بواسطة الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.96.245 الصادر في 9 يناير 1997 بتنفيذ القانون رقم 34.96 المغير والمتمم بموجبه الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.211 الصادر في 21 شتنبر 1993 المتعلق ببورصة القيم. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4448 بتاريخ 16 يناير 1997. ص 74.

والظهير الشريف رقم 1.00.265 الصادر في فاتح شتنبر 2000 بتنفيذ القانون رقم 29.00 القاضي بتغيير وتتميم الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.211 الصادر في 21 شتنبر 1993 المتعلق ببورصة القيم. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4828 بتاريخ 7 شتنبر 2000. ص 2326.

والظهير الشريف رقم 1.11.144 الصادر في 17 غشت 2011 بتنفيذ القانون رقم 43.09 القاضي بتغيير وتتميم الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.211 الصادر في 21 شتنبر 1993 المتعلق ببورصة القيم. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011. ص4694.

الظهير الشريف رقم 1.13.21 الصادر في 13 مارس 2013 بتنفيذ القانون رقم 43.12 المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميل، الذي تنص المادة الأولى منه على ما يلي:

"يحول مجلس القيم المنقولة، المؤسسة العامة المحدثة بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.93.212 الصادر في 21 شتنبر 1993 المتعلق بمجلس القيم المنقولة وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتها إلى شخص معنوي عمومي يتمتع بالاستقلال المالي يسمى "الهيئة المغربية لسوق الرساميل" يخضع لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.

لا يؤدي تحويل تسمية مجلس القيم المنقولة إلى توقف نشاطه...

تحل عبارة "الهيئة المغربية لسوق الرساميل" محل عبارة "مجلس القيم المنقولة" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل..."

1107- إن بورصة القيم سوق يخضع تنظيمه لأحكام ظهير 21 شتنبر 1993 والنصوص الصادرة لتطبيقه وتكون فيها القيم المنقولة محل تداول عام.

السندات[1108] الصادرة عن أشخاص معنوية عامة أو خاصة والقابلة للتحويل بقيدها في حساب أو عن طريق التداول، والتي تخول بحسب

وتعتبر هذه السوق أحد مكونات الاقتصاد الليبرالي الحديث، وقد شهدت كما لا يخفى إصلاحا شاملا في السنين الأخيرة من أجل جعلها سوقا مفتوحة لتنشيط الاستثمار ببلادنا.

1108- تنصب المعاملات المالية التي تتم في إطار بورصة القيم، على القيم المالية المنقولة من أسهم وسندات القرض وشهادات الاستثمار.

وفي هذا الصدد، تنص المادة 243 من الظهير الشريف رقم 1.96.124 الصادر في 30 غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996. ص 2320 -الذي عدلت وتممت مجموعة من مقتضياته بواسطة الظهير الشريف رقم 1.08.18 الصادر بتاريخ 23 ماي 2008 بتنفيذ القانون رقم 20.05 -المنشور بالجريدة الرسمية عدد 56.39 بتاريخ 16 يونيو 2008. ص 1359- كما غير وتمم بموجب القانون رقم 78.12 الصادر 29 يوليوز 2015 على أن:

"القيم المنقولة التي تصدرها شركات المساهمة هي الأسهم المكونة لرأسمال الشركة، وشهادات الاستثمار وسندات القرض.

تعتبر بمثابة قيم منقولة، حقوق الرصد أو الاكتتاب الناشئة عن القيم المنقولة المذكورة.

لا تعد سندات الديون القابلة للتداول والمنظمة بالقانون رقم 35.94 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.3 بتاريخ 26 يناير 1995 قيما منقولة خاضعة لأحكام هذا القانون".

وتشمل سندات الديون القابلة للتداول كما جاء في المواد 2 و 3 و 4 من القانون رقم 35.94: شهادات الإيداع التي تصدرها البنوك، وأذون شركات التمويل التي تصدرها شركات التمويل، ثم أوراق الخزينة، التي تصدرها الأشخاص المعنوية التي تتوفر فيها الشروط المحددة في هذا القانون.

1- أما الأسهم، فتعد من قبيل الأوراق المالية التي تمثل نسبة المساهم في شركات الأموال وحقوقه فيها، أو هي السندات التي تصدرها هذه الأخيرة لإثبات حقوقه في رأس مالها، وتكون قابلة للتداول بالطرق التجارية.

وعلاوة على إمكانية تداولها، تتميز الأسهم أيضا بخصائص أخرى، منها قابليتها للرهن الحيازي، وبتساوي القيمة الاسمية- للأسهم من الفئة الواحدة- وبعدم قابليتها للقسمة تجاه الشركة، ويتمتع صاحبها بعدة حقوق كالحق في الأرباح وعائدات التصفية والحق في حضور الجمعيات والتصويت وغيره.

وهي تنقسم إلى عدة أنواع بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها:
- فمن حيث نوع الحصة المقدمة للاشتراك، تقسم إلى أسهم نقدية وأخرى عينية.
- ومن حيث مدى استهلاك قيمتها الاسمية من عدمه، ومدى التبرع ببعضها على العمال أو المستخدمين أو الاثنين معا تشجيعا لهم على جهودهم، تقسم إلى أسهم رأس المال وأسهم التمتع أو الانتفاع وأسهم الشغل أو العمل.
- وبالنظر إلى الحقوق التي تمنحها لمالكيها، تتفرع إلى أسهم عادية وأسهم ممتازة.
- وبحسب الشكل الذي أفرغت فيه، تقسم إلى أسهم اسمية وأسهم للحامل. وأسهم مختلطة بالنسبة للدول- غير المغرب- التي لا تزال تأخذ بنظام القسائم.
- وانطلاقا من القيمة التي تصدر بها، يمكن تقسيمها إلى أسهم بعلاوة وأخرى بدونها.

أضف إلى ما سبق، أن طرق تداولها تختلف أيضا بحسب ما إذا كانت مسعرة في بورصة القيم المنقولة أم لا.

للمزيد من التفصيل بخصوص ما تقدم عرضه، أنظر:
-أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي. الجزء الثالث: شركات المساهمة. الطبعة الأولى. سنة 2004. الصفحات من 245 إلى 308.

راجع كذلك، المواد من 245 إلى 281 من القانون رقم 17.95 السابق الذكر.

2- وفيما يتعلق بشهادات الاستثمار، فإنها تدخل أيضا في خانة القيم المنقولة القابلة للتداول.

وقد أفرد لها المشرع المغربي في القانون رقم 17.95 المواد من 282 إلى 291 التي يستشف من مقتضياتها بصورة عامة، أن هذه الشهادات تنشأ إما عن طريق تجزيء الأسهم، أو بمناسبة الزيادة في رأس المال وبالتالي فإنها تمثل الحقوق المالية، على عكس شهادات حق التصويت التي لا تعد من القيم المنقولة، ولا تمثل سوى الحقوق الأخرى غير المالية.

لأخذ فكرة موسعة عن هذا النوع من الشهادات- الذي يرتكز على فلسفة الفصل بين المساهمة في رأس المال، وبين ممارسة سلطة اتخاذ القرار، وذلك بتجزيء السهم إلى شهادتين، شهادة الاستثمار وشهادة حق التصويت- راجع:
- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي الجزء الثالث: شركات المساهمة، مرجع سابق، من ص 350 إلى ص 374.

3- وبالنسبة لسندات القرض التي تتبوأ مكانة هامة في سلسلة القيم المنقولة، فقد خصها المشرع بالمواد من 292 إلى 325 من القانون رقم 17.95. التي لا يمكن اختزال المقتضيات التي وردت فيها ضمن هذا الحيز من الدراسة، لكن يمكن الإشارة على الأقل، إلى أن سندات القرض، قيم منقولة قابلة للتداول، تصدرها

كل صنف من أصنافها حقوقا مماثلة للملكية أو الدين العام، في ممتلكات الشخص المعنوي الذي يصدرها[1109]".

وتدخل في حكم القيم المنقولة "الحصص المملوكة لصناديق التوظيف المشتركة المنصوص عليها في الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.93.213 الصادر بتاريخ 21 شتنبر1993 المتعلق بالهيئات المكلفة بالتوظيف الجماعي للقيم المنقولة[1110]".

شركات المساهمة والأشخاص المعنوية الأخرى التي يحددها القانون، قصد الحصول على قرض جماعي واجب الاستحقاق على الأمد الطويل أو المتوسط مقابل فائدة، قصد تمويل مشاريعها وأنشطتها، عن طريق دعوة الجمهور إلى الاكتتاب.

وهي تنشأ بقيم متساوية، وتكون اسمية أو للحامل، كالأسهم وشهادات الاستثمار كما أن لها مميزات خاصة بها، من ذلك أن أصحابها يكونون كتلة –تتمتع بالشخصية المعنوية– تدافع عن حقوقهم المشتركة. وهم يعتبرون دائنين للشركة لا مساهمين أو مشاركين في إدارتها أو التصويت على قراراتها، وإنما فقط على فائدة سنوية ثابتة ولو تعرضت الشركة للخسائر، ناهيك عن أنهم يملكون الحق في استرداد قيمتها بحلول الأجل المتفق عليها، وغير ذلك.

ومن أنواعها نذكر مثلا السندات العادية ذات الاستحقاق الثابت والصادرة بالقيمة الاسمية، وسندات الضمان، والسندات الصادرة بعلاوة وما إليها.

للمزيد من التوسع بشأن سندات القرض، راجع:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الثالث: شركات المساهمة، مرجع سابق، من ص 375 إلى 436.

1109- الشيء الذي تقضي به الفقرة الأولى من المادة 2 من القانون المتعلق ببورصة القيم.

أنظر أيضا بخصوص تعريفها المادة 1 من الظهير الشريف رقم 1.96.246 الصادر في 9 يناير 1997 بتنفيذ القانون رقم 35.96 المتعلق بإحداث وديع مركزي وتأسيس نظام عام لقيد بعض القيم في الحساب. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4448 بتاريخ 16 يناير 1997. ص 80.

1110- تبعا لما ورد في الفقرة 2 من نفس المادة المذكورة في الهامش السابق.

Scanné avec CamScanner

ولعل من أبرز ما تتسم به القيم المنقولة، كونها عبارة عن أموال منقولة، قد تكون معنوية أو مادية[1111] قابلة للتداول[1112] ولا تستهلك عن طريق الاستعمال[1113] ناهيك عن أنه يجوز رهنها رهنا حيازيا، وكذلك حجزها بحسب الحالات.

والجدير بالذكر، أن الظهير الشريف رقم 1.16.151 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 19.14 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي، الذي نسخ مقتضيات الظهير

1111- إن القيم المنقولة المعنوية، هي تلك التي لا تكون مجسمة ماديا كما هو الحال بالنسبة للقيم المنقولة الاسمية، وذلك بخلاف القيم المنقولة لحاملها التي تكون مجسمة.
وفي هذا الصدد، تنص المادة 245 من القانون رقم 17.95- في فقراتها 2 و 3 و 4 -على ما يلي:
"إن القيم المنقولة الاسمية لا تجسم ماديا، وينتج حق حاملها بمجرد تقييدها في سجل التحويلات المشار إليه في الفقرة الأخيرة من هذه المادة.
كل سند لم يتم إنشاؤه ماديا يعتبر اسميا.
يمكن لكل حامل قيمة منقولة أن يختار بين الشكل الاسمي والشكل للحامل ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".
1112- يتم تداول القيم المنقولة بالمناولة اليدوية فيما لو كانت لحاملها، أو بإجراء تحويل في سجل معد لهذا الغرض إذا كانت أسمية، يدعى "بسجل التحويلات" الذي أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أعلاه بقولها:
"يجب على كل شركة مساهمة أن تمسك بمقرها الاجتماعي سجلا يسمى سجل التحويلات يقيد به ترتيبيا، وبمراعاة تاريخها، الاكتتاب والتحويلات لكل فئة من القيم الاسمية، وترقم صفحاته، ويوقع عليه من طرف رئيس المحكمة. ويحق لكل حامل قيمة اسمية صادرة عن الشركة أن يحصل على نسخة مشهود بمطابقتها للأصل ... وفي حالة ضياع السجل، تمنح للنسخ قوة الإثبات".
كما قد يحصل تداولها- والعصر عصر الثورة التكنولوجية- بالتقنيات المعلوماتية أي بالتحويل من حساب إلى آخر، إن كانت رقمية.
1113- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الثالث: شركات المساهمة، مرجع سابق، ص 239.
- امحمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق ص 399.

Scanné avec CamScanner

الشريف المعتبر بمثابة القانون رقم 1.93.211 الصادر في 21 شتنبر 1993 المتعلق ببورصة القيم كما وقع تتميمه وتغييره، عملا بالمادة 129 منه لم يعرف القيم المنقولة، والعبارة الواردة فيه هي "الأدوات المالية" التي أحال[1114] في تعريفها على المادة الثانية من الظهير الشريف رقم 1.12.55 الصادر في 28 دجنبر 2012 بتنفيذ القانون رقم 44.12 المتعلق بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية والهيئات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سنداتها، والتي وفقا لها تعتبر أدوات مالية:

-سندات رأس المال الممثلة أي الأسهم والسندات الأخرى التي تسمح بالمشاركة بصفة مباشرة في رأسمال أو في حقوق التصويت التي تكون قابلة للتحويل بقيدها في حساب أو عن طريق التداول؛

- سندات الديون التي تمثل حقا في دين عام في ممتلكات الشخص المعنوي الذي يصدرها والتي تكون قابلة للتحويل بقيدها في حساب عن طريق التداول، باستثناء الأوراق التجارية وأذون الصندوق

-حصص هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، الخاضعة للتشريع الجاري به العمل؛

-السندات التي تصدرها صناديق التوظيف الجماعي للتسنيد الخاضعة للقانون 33.06 بما في ذلك شهادة الصكوك، وغير ذلك.

2- خصائص رهن القيم المنقولة

يعتبر رهن القيم المنقولة بمثابة الحلقة الأخيرة التي ختم بها المشرع المغربي سلسلة العقود التجارية البنكية بصورة خاصة، والكتاب الرابع من مدونة التجارة بصورة عامة، حيث تناوله في المواد من 537 إلى 544 منها.

1114 – وبالضبط في البند 1 من الفقرة 1 من المادة 1 منه.

وهو رهن حيازي أقر المشرع وروده على سائر القيم المنقولة كيفما كان شكلها، كما أنه ابتغاء تحقيقه الهدف المتوخى منه بوصفه إحدى الضمانات العينية، نجده قد رسم له وظيفة معينة-ولو صح التعبير- قوامها أنه يتم إجراؤه من أجل ضمان الوفاء بالالتزامات حتى ولو كان المبلغ المستحق غير محدد إذا كان الأمر يتعلق بمبلغ من النقود، بل ولضمان تنفيذها ولو كانت محتملة الحصول حين إنشائه.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه يستنتج من بعض المقتضيات المضمنة في المواد أعلاه، أن القواعد التي تحكم رهن القيم تتوزع بين مدونة التجارة[1115] وقانون الالتزامات والعقود[1116] والتي انطلاقا من خلاصة لما جاء فيها، يمكن القول، إن ثبوت هذا الرهن يكون بواسطة التظهير الصحيح، أو التحويل على وجه الضمان[1117].

1115- في جانبها المتعلق بالرهن التجاري المنصوص عليه في كتابها الرابع- والذي سبق أن تطرقنا إليه- مع مراعاة الباب الثامن منه الذي يشتمل على مقتضيات أخرى خاصة برهن القيم.

1116- الذي يحتوي على القواعد العامة بشأن الرهن الحيازي للمنقول -المذكور في الفصول من 1184 إلى 1230 منه- والتي تحيل عليها المادة 337 من مدونة التجارة بقولها:

"يخضع الرهن الحيازي للمنقول المنشأ من تاجر أو غيره بمناسبة عمل تجاري للمقتضيات العامة الواردة في الفصول من 1184 إلى 1230 من الظهير الشريف المؤرخ في 12 غشت 1913 المتعلق بالالتزامات والعقود، وكذا للمقتضيات الخاصة موضوع الفصل الأول من هذا الباب.

يمكن أن يكتسي الرهن التجاري الشكل الخاص بالإيداع في مخزن عمومي طبق مقتضيات الفصل الثاني من هذا الباب".

1117- وفي هذا السياق، ينص المشرع في الفقرتين 2 و3 من المادة 338 من مدونة التجارة على ما يلي:

"يثبت رهن القيم القابلة للتداول بواسطة تظهير صحيح يشير إلى أن تلك القيم سلمت على وجه الضمان.

ومما ينبغي أخذه بعين الاعتبار في هذا النوع من الرهون، أن الدائن المرتهن الذي سبق له أن حاز تلك القيم لسبب آخر غير الرهن لا يعد حائزا لها كدائن مرتهن، إلا من وقت إبرام الرهن، أو ابتداء من تاريخ تقييد نقل الضمان إليه، فيما لو كانت محل شهادة اسمية تثبت تقييدا في سجلات الشركة المصدرة، أو ابتداءا من التاريخ الذي يقوم فيه الغير بتقييدها في حساب خاص يجب أن يفتح عند أول طلب، في حالة ما إذا كانت بيد الغير لسبب آخر.

وإذا كانت القيم المنقولة باختلاف أشكالها، تقبل الرهن، فإنها تقبل أيضا الحجز، غير أنه يميز بشأن وضعيتها القانونية بين الحجز على القيم المنقولة الاسمية، والحجز على القيم لحاملها، حيث تخضع الأولى لمسطرة حجز ما للمدين لدى الغير المنظمة في الفصول من 488 إلى 496 من قانون المسطرة المدنية، في حين تعامل الثانية معاملة المنقول المادي.

3- آثار رهن القيم المنقولة

لما كان رهن القيم ضمانة عينية فإنه ينبني على ذلك أن المدين الراهن لا يلتزم تجاه الدائن المرتهن سوى في حدود الضمانة العينية، ما لم يكن مسؤولا بصفة شخصية عن الالتزام المضمون بالقيم المرهونة.

وهكذا، إذا أخل مقدم الرهن في شكل قيم منقولة بالتزاماته التعاقدية، فإن الدين المضمون بهذه الأخيرة يصبح مستحقا فورا، مما يسمح للدائن المرتهن باتخاذ الإجراءات اللازمة لاقتضاء دينه، ما عدا

كما أن الأسهم ...والسندات الاسمية للشركات التجارية أو المدنية التي يتم انتقالها بتحويل في سجلات الشركة، يمكن أن يثبت رهنها أيضا بواسطة تحويل على وجه الضمان يقيد في السجلات المذكورة".

إذا بادر المدين-خلال "أجل قصير"[1118] بعرض ضمانات عينية جديدة تكون على الأقل بقدر تلك التي كانت قد أعطيت سابقا على سبيل الرهن[1119].

مع العلم، أن امتياز الدائن المرتهن يظل قائما من تاريخ إنشاء الرهن على الناتج والمبالغ المستوفاة من الدين أو السندات المسلمة عوضا عن الأخرى[1120].

والجدير بالملاحظة، أنه إذا كان المشرع قد اعتبر[1121] باطلا كل شرط من شأنه أن يجيز للدائن المرتهن تملك الشيء المرهون أو التصرف فيه بمنأى عن المقتضيات القانونية؛ فإن الغير أيضا- الذي تم تعيينه لحيازة القيم المرهونة بالاتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن- لا يحق له أن يركن إلى حبس هذه الأخيرة لأسباب سابقة على

1118- نعتقد، أن المشرع يقصد بتلك العبارة "الأجل القصير" التي تفتقر إلى التحديد الأجل المعقول، الذي كما هو معلوم، يتدخل القضاء بما يتمتع به من سلطة تقديرية وعلى ضوء ظروف الحال، بقول كلمته فيه.

1119- أنظر المادة 543 من نفس المدونة.

1120- وهو ما تنص عليه المادة 542 من نفس المدونة.

ولا تفوتنا الإشارة هنا، إلى أن المادة 340- في فقرتيها 1 و 2- من المدونة تنص على إمكانية بيع "الشيء المرهون" في حالة عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق بقولها:

"في حالة عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق، يمكن للدائن، داخل أجل سبعة أيام وبعد تبليغ للمدين ولمالك الشيء المرهون إن وجد، أن يجري بيع الأشياء المرهونة بالمزاد العلني.

يقوم بالبيع كاتب الضبط لدى المحكمة الموجودة بمقرها موطن الدائن أو الشخص المتفق عليه، وذلك وفق مقتضيات قانون المسطرة المدنية الخاصة بالبيوعات الناتجة عن الحجز التنفيذي".

وفيما يتعلق ببيع القيم المنقولة المرهونة على وجه التحديد، فإنه يتم ببورصة القيم التي تعد سوقا مالية منظمة تحكمها تقاليد راسخة وقوانين خاصة، لذلك لا يمكننا المجازفة بالحديث عن مسطرة بيع القيم المنقولة المرهونة داخل هذه السوق، لأنه يتطلب مجالا أوسع مما نحن فيه الآن.

1121- في الفقرة الأخيرة من المادة 340 من مدونة التجارة.

Scanné avec CamScanner

الرهن، إذا لم يحتفظ لنفسه صراحة بهذا الحق أثناء قبوله تسلم القيم المرهونة.

وكغطاء حمائي للتعامل بهذا النوع من الضمانات العينية، قرر المشرع المغربي جزاء جنائيا يتمثل في فرض عقوبة حبسية وغرامة[1122] على مقدم الرهن أو حائزه سيء النية، الذي يلجأ إلى رهن سندات في ملك الغير كان قد سبق رهنها، أو يقوم ببعض التصرفات التي يقوم من شأنها أن تحول دون ممارسة الدائن المرتهن أو الغير الحائز للرهن لحقوقه.

1122- وهي حسب المادة 544 الحبس لمدة تتراوح ما بين ستة أشهر وسنتين وبغرامة من 2000 إلى 10000.

المبحث الثاني
عقد الائتمـــان الإيجـاري

الائتمان الإيجاري عقد ذو أصول -أنجلو أمريكية- وهو أسلوب جديد للصيغ التمويلية، ابتدعه الفكر المالي في غمار التحولات الاقتصادية والتكنولوجية التي شهدها العالم، والتي استدعت تطوير وسائل تمويل المقاولة وإمدادها بما تحتاج إليه من عقارات وتجهيزات وأموال منقولة معنوية، حتى تتمكن من مواكبة العصر والرفع من وتيرة إنتاجها والزيادة في دخلها[1123].

وبشكله التقليدي ونظامه البسيط، عرف الائتمان الإيجاري لدى بعض المجتمعات القديمة- كمصر- أما في العصر الحديث فإن ما يطلق عليه "الليزنغ"- أو "التأجير التمويلي" في القانون الأردني رقم 45 لسنة 2008 أو "الاعتماد الإيجاري" في القانون الجزائري رقم 9 لسنة 1996 مثلا- نشأ في الولايات المتحدة الأمريكية، وانتقل منها- بعد تنامي انتشاره وتعامل المؤسسات المالية به - إلى بلدان أخرى، في مقدمتها فرنسا التي ظهرت بها هذه التقنية في الستينات واستقرت عليها الممارسة التعاقدية فنظمها المشرع في البداية بموجب قانون صدر بتاريخ 2 يوليوز 1966 كما احتضنتها مجموعة من الدول العربية والإفريقية التي أحدثت بها شركات تزاول هذا النوع من التمويل.

ويعد المغرب من أكثر الدول التي تأثرت بالتنظيم القانوني الفرنسي للائتمان الإيجاري، لذلك لا غرابة إن أنتج في وقت مبكر - إلى حد ما- شركة متخصصة في الائتمان الإيجاري هي شركة Maroc-Leasing التي ظلت وحدها منذ الستينات هي الرائدة في هذا المجال إلى

1123- أنظر في هذا المعنى:
- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي: دراسة نقدية في القانون الفرنسي. طبعة سنة 1994. من ص16 إلى ص19.
-Christiane Dosse : le leasing (Crédit -bail) aux Etats-Unis .Techniques bancaires. N° : 349. Mars 1976. Page 296.

Scanné avec CamScanner

غاية السبعينات، حيث تلتها شركة ثانية هي Maghrebail ثم سرعان ما تزايد عدد الشركات من هذا القبيل فيما بعد -منها: Inter- Leasing. Diac leasing. Union- Bail .wafabail sogelease.... إلى درجة أن ألفت بالاتحاد فيما بينها جمعية تدعى بالجمعية المهنية لشركات التمويل.

أما على المستوى التشريعي، فلا بأس من الإشارة إلى أن المغرب يعتبر من البلاد التي وقعت على معاهدة روما لتوحيد القانون الخاص التي تلزم في أحد بنودها الدول الموقعة عليها بتوحيد تشريعاتها التجارية وضمان الحماية الفعالة والحقيقية للحقوق المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والتجارية، وذلك باعتماد المعايير الدولية المعمول بها في هذا الشأن.
كما أنه يعد في طليعة الدول التي وقعت على "اتفاقية أوطاوا" حول الائتمان الإيجاري الدولي التي أعدها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص المؤرخة في 28 ماي 1988[1124] وذلك قبل وضع أي مقتضيات قانونية لهذا العقد.

وفيما يخص أول تشريع وطني صدر لينظم عقد الائتمان الإيجاري[1125] بعد سنين من الممارسة، فإنه يتمثل في القانون المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها الصادر في 6 يوليوز 1993 الذي لم يفرد له سوى المادتين الثالثة والثامنة منه، ولما وضعت مدونة التجارة صاغت أحكامه في المواد من 431 إلى 442 ضمن القسم الخامس من

1124- انظر في هذا الصدد:
- المختار بكور، قراءة لاتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الإيجار المالي الدولي (أوطاوا 28 ماي 1988). المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية. العدد 34 . سنة 1994. ص 103 وما بعدها .
وكذلك:
- امحمد برادة غزيول، عقد الائتمان الايجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء الطبعة الأولى. سنة 1998. من ص 3 إلى ص 7.
1125- ذلك التنظيم الذي من بين ما يمكن ملاحظته عليه، كونه لم ينصب على سائر تفاصيل هذه العملية، وإنما اقتصر على بعض المقتضيات.

كتابها الرابع[1126] كما خصه القانون رقم 103.12 الصادر بتاريخ 24 دجنبر 2014 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيآت المعتبرة في حكمها بالمادة الرابعة منه.

فهذا العقد إذن، يشكل من الناحية الاقتصادية وسيلة تمويل، ومن ثم يحقق عدة مزايا، باعتبار أنه يوفر للمستأجر وسيلة تمويلية لمشروعه تسمح له بتطوير معدات الإنتاج أو اقتناء أخرى جديدة مواكبة للتطور التكنولوجي دون أن تعيقه الصعوبات المتعلقة بوسائل التمويل التقليدية، مثلما يتيح للمؤجر فرصة استثمار أمواله، كما يعد هذا العقد بالنسبة للمورد وسيلة لتصريف منتجاته مع الحصول على ثمنها فورا ولا تقف مزاياه عند هذا الحد، بل تنعكس على الاقتصاد الوطني من خلال زيادة وتطوير المشروعات الإنتاجية وإيجاد فرص الشغل.

أما من الناحية القانونية، فهو عقد تمتزج فيه العديد من القواعد الخاصة ببعض العقود كالإيجار والوكالة والبيع[1127] وغيره، الشيء الذي يجعل منه نظاما قانونيا مركبا يتلاءم مع وظيفته المتمثلة في التمويل عن طريق الإيجار.

1126- علما أن مشروع مدونة التجارة لسنة 1988 -الذي لم تتم المصادقة عليه- كان قد تضمن بعض الإشارات إلى هذا العقد الذي نعته في الفصلين 404 و405 منه بالتمويل الإيجاري.

1127- فهو إيجار يمكن المستأجر في مرحلة أولى من الانتفاع بالعين المؤجرة وتمتزج فيه الوكالة باعتبارها الوسيلة القانونية التي تسلكها الشركة المؤجرة حتى تتمكن من إثارة مسؤولية المستأجر عن الأضرار التي قد تلحقها، وكذا البيع الذي تتولى شخصيا إبرامه مع البائع حيث تكتسب بذلك ملكية المنقول دون أن تكون لديها النية في التمتع بأي حق من الحقوق الشخصية المقررة للمشتري.

Scanné avec CamScanner

المطلب الأول
ماهية عقد الائتمان الإيجاري

صحيح أن الائتمان الإيجاري يعد أحد مصادر التمويل التي تسعف في خلق مشاريع استثمارية أو تطوير أخرى عن طريق إحدى شركات التمويل[1128] وهي شركة الائتمان الإيجاري التي في مقابل الدور الذي تلعبه في هذا المجال، يوفر لها هذا النوع من العقود الإطار القانوني الذي يضمن لها استيفاء حقوقها تجاه المستفيد، دونما خوف من الصعوبات التي قد تعترضه.

كما أنه أمام الهيمنة التي تفرضها الشركة المذكورة على تحديد شروط المضمون الاتفاقي لهذا العقد النموذجي الذي يربط بينها وبين المستفيد من العملية، والذي يجعلها في مركز قوي، لا يمكن سوى الإقرار بتميز هذا العقد، بل إن طبيعته المعقدة حذت بالبعض إلى وصفه "بالعقد المعقد الذي يحرك وفقا للترتيب الزمني للاستعمال، خمس تقنيات أساسية، وهي وعد متبادل بالإيجار، ووكالة، وإيجار أشياء ووعد بالبيع من جانب واحد، وبيع بصورة عادية أو احتمالية. وهذه العمليات

1128- تؤلف شركات التمويل إلى جانب البنوك ما يدعى بمؤسسات الائتمان وتخضع مثلها للظهير الشريف بمثابة قانون يتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، ومن حيث أنواعها، تنقسم شركات التمويل إلى شركات متخصصة في الائتمان الموجه للاستهلاك، وشركات تدبير وسائل الأداء، وشركات الائتمان العقاري، وشركات الائتمان الإيجاري، وشركات رهن البضائع، وشركات تقديم الكفالة أو الضمان.

وباستثناء الأصناف الثلاثة الأولى، التي يمكن أن يكون زبناؤها تجارا أو غير تجار، فإن زبناء باقي الأصناف الأخرى منها يتشكلون بالأساس من التجار وأرباب المهن الحرة.

ونود التنبيه، إلى أنه يجب عدم الخلط بين شركات التمويل والشركات المالية، هذه الأخيرة التي ينحصر نشاطها الرئيسي في مدلول المادة 20 من القانون رقم 103.12 في مراقبة مؤسسة أو أكثر من مؤسسات الائتمان.

Scanné avec CamScanner

جميعها تهدف إلى ذات الغاية وتستعمل بصفة رئيسية بغية تحقيق عملية الليزنغ"[1129].

وحتى نقف على ماهية هذا العقد، ارتأينا أن نتناول ضمن هذا المبحث مجموعة من المسائل التي نعتقد أنها كفيلة بأن تحقق هذا المبتغى، غير أن ما نود إثارة الانتباه إليه هو أننا إلى جانب المقتضيات الخاصة بالائتمان الإيجاري الواردة في مدونة التجارة، سنعتمد في هذه الدراسة على اتفاقية أوطاوا وكذا على العقد النموذجي للائتمان الإيجاري للمنقول لإحدى شركات التمويل وهي شركة Maghrebail - الموجود مقرها بمدينة الدار البيضاء- وبعبارة أدق فإن العقد محل هذه الدراسة سيكون هو عقد الائتمان الإيجاري للمنقول، أما بالنسبة لعقد الائتمان الإيجاري العقاري[1130] فسنرجئ البحث فيه إلى دراسة مقبلة إن

1129- مشار إليه لدى:

- عبد السلام الوهابي، عقد الائتمان الإيجاري للمنقول في القانون المغربي. الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي. يناير 2004. ص 368. سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية. المملكة المغربية. وزارة العدل. المعهد العالي للقضاء.

1130- لقد خصت مدونة التجارة عقد الائتمان الإيجاري العقاري ببعض المقتضيات أوردتها -بعد تعريفه في البند الثاني من المادة 431- في المواد 434 و435 و441.

حيث تنص المادة 434 على أنه:

"لا تطبق على عقد الائتمان الإيجاري العقاري مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 5 يناير 1953 المتعلق بالمراجعة الدورية للسومة الكرائية للمحلات المعدة للتجارة أو الصناعة أو الحرف، ومقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 24 ماي 1955 المتعلق بأكرية المحلات المعدة للتجارة والصناعة والحرف، وكذا مقتضيات القانون رقم 6.79 المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكرين والمكترين لمحلات السكنى أو المعدة للاستعمال المهني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.80.315 بتاريخ 25 دجنبر 1980".

وتقضي المادة 435 بأنه:

"في حالة عدم تنفيذ المكتري لالتزاماته التعاقدية المتعلقة بأداء المستحقات الناجمة عن الائتمان الإيجاري الواجبة الأداء أن رئيس المحكمة مختص بصفته قاضيا للمستعجلات، للأمر بإرجاع العقار بعد معاينة واقعة عدم الأداء. لا يلتجأ إلى

شاء الله؛ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه لا ينبغي أن يفهم من دراستنا لهذا العقد تحت نفس الفصل الذي خصصناه للعقود البنكية اعتباره منها، وإنما تقيدا من لدننا بالتصنيف الفقهي للعقود التجارية والتي يعد الائتمان الإيجاري واحدا منها، إلى جانب كل من الرهن والوكالة التجارية والسمسرة والوكالة بالعمولة ثم النقل.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، نلفت نظر القارئ الكريم إلى أننا استعملنا في هذه الدراسة كلمة "عقد"، اعتبارا لأن المشرع أدرجه في الكتاب الرابع صراحة ضمن العقود التجارية، وإن كان في معرض تعريفه له قد استعمل عبارة "عملية الإكراء أو الإيجار"بغض النظر عن تكييفها.

الفقرة الأولى: تعريف عقد الائتمان الإيجاري

تعرف المادة 431 من مدونة التجارة عقد الائتمان الإيجاري بقولها:

"يعد عقد ائتمان إيجاري وفق مقتضيات المادة الثامنة من الظهير الشريف رقم 1.93.147 الصادر في 6 يوليوز 1993 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها:

المسطرة موضوع الفقرة الأولى إلا بعد استنفاذ كل الوسائل الودية المشار إليها في المادة 433 لإنهاء النزاع".

وجاء في المادة 441 أنه:

"في مادة الائتمان الإيجاري العقاري، يشهر عقد الكراء وكذا تعديل ارتبط به في المحافظة العقارية، وفقا لأحكام الظهير الشريف الصادر في 12 غشت بشأن التحفيظ العقاري".

وجاء في البند 3 من الفصل 5 من نفس العقد النموذجي أنه:

"يتعين على المستأجر أن يقوم عند الاقتضاء وعلى نفقته بتقييد لدى المحافظة على الأملاك العقارية لحق ملكية المؤجر على الأشياء التي يمكن أن تكون لها صبغة قانونية عقارية بطبيعتها أو بتخصيصها بمفهوم الفصلين 6 و 7 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالعقارات المحفظة".

1- كل عملية إكراء للسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات التي تمكن المكتري كيفما كان تكييف تلك العمليات من أن يتملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع المكتراة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء (الائتمان الإيجاري للمنقول).

2- كل عملية إكراء للعقارات المعدة لغرض مهني تم شراؤها من طرف المالك أو بناها لحسابه، إذا كان من شأن هذه العملية كيفما كان تكييفها أن تمكن المكتري من أن يصير مالكا لكل أو بعض الأموال المكتراة على أبعد تقدير عند انصرام أجل الكراء (الائتمان الإيجاري العقاري)".

والجدير بالذكر، أنه حلت محل المادة الثامنة الموما إليها في إطار المادة 431 من مدونة التجارة، المادة الرابعة من ظهير 14 فبراير 2006، التي جعلت عمليات الائتمان الإيجاري لا تقتصر على المنقول والعقار، وإنما تشمل أيضا الأصل التجاري أو أحد عناصره المعنوية والتي حلت محلها هي الأخرى المادة 4 من ظهير 24 دجنبر 2014 إذ ورد فيها ما يلي:

"تشمل العمليات المتعلقة بالائتمان الإيجاري وبالإيجار التي يكون فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والمشار إليه في المادة 3 أعلاه:

- عمليات إيجار المنقولات التي تمكن المستأجر، كيفما كان تكييف تلك العمليات، من أن يتملك في تاريخ يحدده مع المالك، كل أو بعض المنقولات المستأجرة، مقابل ثمن متفق عليه يراعى في تحديده على الأقل جزء من المبالغ المدفوعة على سبيل الإيجار.

- العمليات التي تقوم بموجبها منشأة بإيجار عقارات تكون قد اشترتها أو بنتها لحسابها، إذا كان من شأن هذه العمليات كيفما كان تكييفها، أن تمكن المستأجر من أن يصبح مالكا لكل أو بعض الممتلكات المستأجرة عند انتهاء عقد الإيجار كأقصى أجل.

- عمليات إيجار الأصول التجارية أو أحد عناصرها المعنوية التي تمكن المستأجر، كيفما كان تكييف تلك العمليات، من أن يتملك الأصل

Scanné avec CamScanner

التجاري أو أحد عناصره المعنوية، في تاريخ يحدده مع المالك، مقابل ثمن متفق عليه، يراعى في تحديده جزء منه على الأقل المبالغ المدفوعة على سبيل الإيجار، باستثناء كل عملية إيجار تفضي إلى تفويت الأصل التجاري المذكور أو أحد عناصره للمالك الأصلي.

- الإيجار المفضي إلى التفويت، هو العقد الذي تبيع بموجبه منشأة ملكا تستعمله إلى شخص يسلمه إليها فورا على سبيل الائتمان الإيجاري".

وكما يتضح من النص، فإن المشرع اكتفى في هذا التعريف- سواء على مستوى مدونة التجارة أو على مستوى القانون البنكي- بذكر العمليات التي تشكل ما يسمى بالائتمان الإيجاري، وكيفها بأنها كراء أو إيجار مع إمكانية منح المستفيد خيار تملك الأشياء المكتراة أو المستأجرة، مما يوحي بأن العلاقة التي تربط بين شركة الائتمان الإيجاري والمستفيد تخضع للقواعد العامة المقررة في القانون المدني المتعلقة بعقد الإيجار وذلك إلى غاية استعمال المستفيد لخيار الشراء.

أضف إلى ذلك، أنه لم يحدد الغرض الذي من أجله يتم كراء السلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات -على عكس مشروع مدونة التجارة الذي كان ينص[1131] على أن هذه المنقولات تخصص من طرف المكتري لغايات مهنية فقط، وكذلك اتفاقية أوطاوا التي تقضي[1132] بأن: "هذه الاتفاقية تنظم عمليات الإيجار المالي المتعلقة بكل المعدات باستثناء تلك التي تستعمل من طرف المستأجر المالي بصفة رئيسة لأغراضه الشخصية أو العائلية أو المنزلية".

ومع ذلك، يجب القول إن السلع التجهيزية المقصودة هي التي تكون معدة أو مخصصة لغرض مهني هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عقد الائتمان الإيجاري للمنقول يرد على المنقولات المادية وكذلك المعنوية عملا بالقانون رقم 34.03.

1131- في الفقرة 1 من الفصل 404 منه.

1132- في الفقرة الأخيرة من المادة 1 منها.

ثم إن المشرع أدرج في نفس المادة، وإلى جانب عمليات الائتمان الإيجاري، عقدا آخر، ألا وهو الإيجار المفضي إلى التفويت الذي يعتبر إلى جانب العمليات المذكورة، في حكم عمليات الائتمان عملا بالمادة الثالثة من القانون رقم 12-103، والذي نعتقد أنه هو ما يطلق عليه لدى تشريعات أخرى[1133] "التأجير التمويلي اللاحق" كصورة من صور التأجير التمويلي وهو عملية مركبة من عقد بيع يليه عقد تأجير مع تخيير البائع في عودة العين إليه بعقد بيع ثالث عند انتهاء العقد؛ فيقوم البائع ببيع عين لبنك في العقد الأول، ثم يستأجرها منه تأجيرا تمويليا في عقد ثان، وتهدف في مجموعها إلى إعادة استئجار البائع لعينه التي باعها بغية الحصول على سيولة مالية والحفاظ على حق الانتفاع بالعين المبيعة.

1133- كما هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون المصري رقم 95 لسنة 1995 المتعلق بالتأجير التمويلي الذي عرفه في البند الثالث من المادة الثانية منه بأنه:
"كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال إلى المستأجر تأجيرا تمويليا إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاده على إبرام عقد التأجير التمويلي".
أنظر بخصوص التأجير التمويلي اللاحق:
- هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 73.
أنظر أيضا:

-lease-back :
Une variante du leasing est le lease –back qu'en matière immobilière ou il est surtout utilisé, on appelle souvent cession –bail, et en matière mobilière (par ex contrats informatiques, matériels divers) leasing adossé. Une entreprise de leasing achète le bien d'équipement à un fournisseur, mais à son propre contactant qui en était propriétaire et le lui loue à titre de leasing. Plus encore une sureté, source de crédit : la société de crédit-bail prête de l'argent en se garantissant par une propriété fiduciaire, tandis que le crédit –bail ordinaire permet de se procurer à crédit un bien en nature. A la différence du crédit –bail, il n'existe que deux parties, le locataire étant le fournisseur.
-Philipe Malaurie et laurent aynés : OP. cit. P 468.469.

هذا عن تعريف الائتمان الإيجاري كعقد تجاري بنص القانون أما عن كيفية إجراء هذه التقنية التمويلية عمليا، فيمكن تلخيصها في قيام مؤسسة مالية متخصصة مرخص لها قانونا، بشراء منقولات وتسليمها إلى المستفيد على وجه الكراء أو الإيجار بعد اختيار هذا الأخير للمورد والاتفاق معه على سائر العناصر الضرورية، كالثمن والمواصفات وتاريخ التسليم، وكأنه سيشتريها من ماله الخاص[1134] ثم تقوم شركة الائتمان الإيجاري بالشراء باسمها[1135] وتتعاقد مع المستفيد على كراء ما اشترته لفائدته لمدة معينة غالبا ما تستغرق ثمن الشراء، علاوة على الربح، ويقع الاتفاق مسبقا على أداء المستفيد دفعات مالية خلال مدة استعمال الأشياء وزمان ومكان الوفاء بها، وعلى عدم فسخ العقد طوال المدة المتفق عليها فيه، وعلى تحمل كل مسؤولية يمكن أن تترتب عليه

1134- وهو ما ورد في العقد النموذجي لشركة Maghrebail حيث تنص الفقرة 2 من الفصل 1 منه على أن:

"هذه المعدات تم اختيارها من طرف المستأجر تحت مسؤوليته وبالشروط التي ناقشتها بحرية وبالخصوص المتعلقة منها بالثمن والأداء والآجال وطرف ومكان التسليم. وتؤجر هذه المعدات للمستأجر حسب الشروط المنصوص عليها أسفله".

كما نصت عليه اتفاقية أوطاوا في البند (أ) من الفقرة 2 من المادة 1 بقولها:

"إن المستأجر المالي يختار المعدات والمواد دون الاستعانة بصفة حاسمة بخبرة المؤجر المالي".

1135- وفي هذا السياق، تقضي الفقرة 1 من الفصل 1 من الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري للمنقول كما صاغتها شركات الائتمان الإيجاري Maghrebail بأنه:

"في إطار عملية الائتمان الإيجاري كما تم التنصيص عليها في الفصل 431 وما يليه من مدونة التجارة، تقدم المؤجر بصفته وكيل المستأجر بطلبية المعدات المعينة في الفصل الأول بالباب المتعلق بالشروط الخاصة أسفله".

وهو ما عبرت عنه اتفاقية أوطاوا في البند (ب) من الفقرة 2 من المادة 1 بقولها:

"إن اقتناء المعدات يقع على عاتق المؤجر المالي بموجب عقد الإيجار المالي المبرم أو الذي سيبرم بين المؤجر المالي والمستأجر المالي، والذي يتم بعلم المورد".

وبعد انتهاء المدة، يكون للمستفيد الخيار بين إرجاع الأشياء إلى شركة الائتمان الإيجاري في شكل صالح للاستعمال أو تملكها مقابل ثمن تراعى فيه أقساط الكراء والقيمة المتبقية منها بعد الاستعمال، أو تجديد الكراء.

الفقرة الثانية: خصائص عقد الائتمان الإيجاري

يتميز الائتمان الإيجاري كآلية من آليات التعاقد وكتقنية ائتمانية تمويلية، بمجموعة من الخصائص ترتبط بقيام شركة التمويل بحكم مهنتها بالوساطة بين البائع أو المورد، والمستفيد، عن طريق التمويل واشتراط الاحتفاظ بملكيتها للأصل على وجه الضمان إلى أن تنتهي مدة العقد[1136] ويستعمل هذا الأخير أحد الخيارات المخولة له بموجب العقد، بل تفرضها في الأصل طبيعة هذا العقد التجاري الذي يخرج على القواعد العامة للإيجار، ويتسم بالطابع المالي من خلال التمويل الذي يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد شروط الدفع من قبل المستأجر وتحديد ثمن خيار الشراء من أجل اقتناء ملكية الأصل.

1136- فملكية الشركة المؤجرة للأصل الذي تحتفظ به طوال مدة العقد، يعتبر من الضمانات الفعالة التي تمكنها من طلب فسخ العقد عند إخلال المستأجر بالتزاماته العقدية، كما يقيها من الصعوبات المالية لهذا الأخير، فهي إذن بوصفها مالكة له تتمتع بمركز قانوني مهم إذا ما قورن بأي مركز قانوني آخر قد ينشأ عن تقديم المستأجر لضمانات عينية، إذ بفضله تتجنب مزاحمة دائنيه ويستبعد هؤلاء من القيام بالتنفيذ على هذا الأصل لكونه لا يدخل ضمن الضمان العام لمدينهم، وبالتالي تبقى ملكيته عائدة للشركة المؤجرة.
وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن الملكية توظف كضمان في العلاقة الائتمانية القائمة بين المتعاقدين، ذلك أن اعتبار العقد الرابط بين الشركة المؤجرة والمستأجر عقد كراء، يعني أنه يخول للمستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، وفي نفس الوقت يعتبر تجسيدا للاحتفاظ بالملكية إلى غاية ممارسة الخيار، وإذا كان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يظهر صراحة في صلب الاتفاق، إلا أنه يستتر وراء فكرة الإيجار الذي يعد بطبيعته عقدا يرد على منافع الأعيان لا عقدا ناقلا للملكية.

Scanné avec CamScanner

ولعل حضور هذه العناصر يطرح العديد من التساؤلات حـول الخصائص التي يستقل بها هذا العقد أو هذه العملية المركبـة، والتـي ارتأينا أن نتناولها فقط من ناحيتين: أولا من ناحية خـروج الائتمـان الإيجاري على القواعد العامة للإيجار، وثانيا من ناحية الصبغة المالية التي يتسم بها.

أولا: خروج الائتمان الإيجاري على القواعد العامة للإيجار

يعتبر عقد الإيجار طبقا للقواعد العامة من العقود الواردة علـى منافع الأعيان، ومن خصائصه الأساسية أنـه عقـد رضـائي، وعقـد مستمر، وعقد ملزم للجانبين، أما الائتمان الإيجاري، فيخرج في العديد من النواحي عن هذه القواعد، سنتناول منها فقط ما يلي:

1- من حيث الأطراف المتدخلة في إنشاء الائتمان الإيجاري والتزاماتها

تتدخل في إنشاء الائتمان الإيجاري شركة الائتمان الإيجاري من جهة – بوصفها المكري أو المؤجر– التي تعتبر من بين مؤسسات الائتمان، حيث يسري عليها القانون رقم 103.12 الصادر بتاريخ 24 دجنبر 2014 الذي انطلاقا منه يمكن القول بأنه لا يمكنها مزاولة نشاطها إلا بعد حصولها على رخصة الاعتماد من الوزارة الوصية، كما أنها تخضع شأنها في ذلك شان مؤسسات الائتمان الأخرى لمراقبة بنك المغرب. ثم المستفيد من العملية أو المكتري أو المستأجر، ومن جهة أخرى، البائع الذي يورد المنقول، بحيث ينقل ملكيته إلى الشركة المذكورة التي تشتريه في مقابل ثمن.

وعلى ضوء هذه العلاقات المنبثقة عن الائتمان الإيجاري يتضح بأن هذا الأخير يتركب من عقدين متميزين: عقد البيع أو عقد

Scanné avec CamScanner

التوريد[1137] الذي يجمع ما بين المورد وشركة الائتمان الإيجاري وعقد الائتمان الإيجاري الذي يبرم بين هذه الأخيرة والمستفيد[1138].
لذا، نرى أن كلمة العقد تطلق على الائتمان الإيجاري بمفهومه الضيق وكلمة العملية على الائتمان الإيجاري بمفهومه الواسع، تلك العملية التي تعتبر فيها شركة الائتمان الإيجاري العنصر المحوري والمهم، مما يخولها بحكم مركزها القانوني القوي، إملاء الشروط التي من شأنها أن تكفل ضمان وحماية مصالحها المالية.

وبعبارة أخرى، فإن العلاقة الرئيسية في هذه العملية، هي تلك التي تربط المستأجر بالمؤجر، والتي يحتفظ فيها هذا الأخير بحق ملكيته للأصل، في حين ليس للمستأجر إلا استعماله وفق الشروط المحددة له والوفاء بسائر الالتزامات الملقاة على عاتقه.

وحتى يتمكن من أداء وظيفته التمويلية، يخرج الائتمان الإيجاري عن القواعد التي تحكم عقد الإيجار في القانون المدني بوصفه المثال النموذجي للعقود المستمرة التي يلعب فيها الزمن دورا أساسيا فيما يترتب عنها من التزامات، ذلك أن شركة التمويل تعفي نفسها من

1137- ولا تفوتنا الإشارة في هذا الصدد، إلى أن عقد التوريد يعتبر أيضا من العقود الإدارية، وهو اتفاق بين شخصين أحدهما شخص من أشخاص القانون العام، والآخر شخص من أشخاص القانون الخاص – طبيعي أو معنوي- بمقتضاه يتعهد هذا الأخير بتوريد منقولات معينة للطرف الأول مقابل ثمن محدد، وهكذا فإن موضوع هذا العقد يكمن في أشياء منقولة كالبضائع وغيرها.

1138- وفي هذا السياق تنص الفقرة 1 من المادة 1 من اتفاقية أوطاوا على أنه:
"تنظم هذه الاتفاقية عملية الإيجار المالي المحددة في الفقرة الثانية والتي يقوم فيها طرف "المؤجر المالي":
أ- بإبرام "عقد توريد" بتحديد من طرف آخر "المستأجر المالي" مع طرف ثالث "المورد" بمقتضاه يقتني أداة تجهيز، أو أجهزة أو أدوات "المعدات" وفق مقتضيات يوافق عليها المستأجر المالي في حدود ما يهمه، وكذا:
ب- إبرام عقد "عقد الإيجار المالي" مع المستأجر المالي الذي يخول لهذا الأخير الحق في استعمال المعدات مقابل أداء أجرة الكراء.

Scanné avec CamScanner

جل الالتزامات التي تفرضها عادة القواعد المذكورة على المؤجر وتعتبر نفسها قد نفذت التزاماتها المقابلة بمجرد دفع الثمن للمورد ووضع الشيء تحت تصرف المستأجر.

ومن ثم، فإن الائتمان الإيجاري وإن كان يرتب التزامات متبادلة لطرفيه: المؤجر والمستأجر، إلا أنه بالرجوع إلى الشروط العامة للعقود النموذجية للائتمان الإيجاري، نجد أن شركة الائتمان الإيجاري تتحلل من العديد من الالتزامات تماشيا مع الطابع المالي الذي تتسم به العملية والذي يجعل مدة العقد غير قابلة للرجوع فيها أو تعديلها، بحكم أن المؤجر اشترى الأصل -الذي حدد المستأجر مواصفاته للمورد بما يتفق وحاجياته- قصد تأجيره.

في هذا الشأن، ورد في الفصل السادس من الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري للمنقول لشركة Maghrebail أنه:

"استثناء لمقتضيات الفصل 638 من قانون الالتزامات والعقود، يتحمل المستأجر كل المصاريف الضرورية في استعمال وصيانة المعدات. كما يلتزم هذا الأخير بأن يحافظ على هذه المعدات في حالة صالحة للاستعمال ...".

وجاء في الفصل السابع ما يلي:

"العقدة الحالية هي مبرمة بصورة نهائية وإلزامية لمدة أولى كما هي محددة في الفصل الثاني من الشروط الخاصة، وتمتد إلى مدة ثانية اختيارية.

إن أجل المدة الأولى النهائية والإلزامية يبتدئ سريانه من تاريخ تسليم الآلات".

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن المدة الحاسمة للائتمان الإيجاري تستخدم كوسيلة لتحديد اقتصاد العقد، أي محتوى الالتزامات المالية للمستأجر، وتؤمن لهذا الأخير استعمال الأصل إلى

Scanné avec CamScanner

غاية انتهاء استهلاك فائدته الاقتصادية[1139] وحتى تجعل الشركة المؤجرة هذا العقد مطابقا للروح المالية التي كانت الحافز الأساسي في عدم قابلية مدته لرجوع فيها أو تعديلها فإنها تعفي نفسها من الالتزامات المقررة في القواعد العامة.

2- من حيث وظيفة خيار الشراء في الائتمان الإيجاري

ينطوي الائتمان الإيجاري على عنصر أساسي يعتبر من روحه وجوهره ألا وهو الوعد المنفرد بالبيع من جهة المؤجر، وخيار الشراء من طرف المستأجر، وهكذا فإن "الوعد بالتعاقد" الذي هو عادة تصرف تمهيدي لإبرام اتفاق ما، يشكل في الائتمان الإيجاري، إحدى الطرق لإنهاء العملية الشيء الذي يميزه عن عقد الإيجار كما تنظمه القواعد العامة في القانون المدني، باعتبار أن المستأجر لا يكون ملزما باقتناء حق ملكية الأصل في نهاية مدة الإيجار، بل يمكنه أن يختار إما تجديد العقد والاستمرار في استعمال الأصل على سبيل الإيجار، أو رده إلى المؤجر.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن شركة التمويل، تستخدم تقنية الإيجار نظرا للمزايا المتعددة التي تقدمها، لاسيما وأنها وسيلة فعالة للاحتفاظ بحق ملكية الأصل، أما الوعد المنفرد بالبيع فيعتبر وسيلة للتخلص من الأصل لما يفقد قيمته وفائدته، وذلك ضمن الشروط تسمح بالحفاظ على الضمان الذي يحتفظ به المؤجر طول مدة الإيجار.

ولعل هذا التزاوج بين الإيجار والوعد بالبيع، هو الذي ينتج الائتمان الإيجاري، الذي عبر عنه المشرع بقوله في المادة 431 من مدونة التجارة:

"1- كل عملية إكراء...التي تمكن المكتري كيفما كان تكييف تلك العملية من أن يتملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع

1139-
-charles Goyet. OP. Cit. P 29.
-Raybaud Turillo: le modéle comptable patrimonial: les engeux d'un Droit comptable substantial. Thése de doctorat. Université . Nice . 1993. P 79.

Scanné avec CamScanner

المكتراة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء...".

وللإشارة، فإنه بعد انتهاء مدة الإيجار، يخول عقد الائتمان الإيجاري للمستفيد مكنة استعمال أحد الخيارات الثلاث الآتية: إما إعادة الشيء المؤجر لشركة الائتمان الإيجاري في شكل صالح للاستعمال أو شراؤه وتملكه مقابل ثمن يقل عادة عن ثمن الشيء الفعلي لأنه تراعى فيه أقساط الكراء التي تم أداؤها من ناحية، والقيمة المتبقية له أو ما يسمى بالامتلاك من ناحية أخرى. أما الخيار الأخير فيكمن في تجديد عقد الكراء لمدة لاحقة[1140].

1140- وهو ما أقرته اتفاقية أوطاوا في الفقرة 2 من المادة 9 منها حيث ذهبت إلى أنه:

"عند نهاية عقد الإيجار المالي، على المستأجر المالي إرجاع المعدات إلى المؤجر المالي وفق حالتها المحددة في الفقرة السابقة ما لم يكن قد اشترى هذه المعدات أو أعاد اكتراءها من جديد".

وما كرسته أيضا شركة Maghrebail في عقودها النموذجية، حيث جاء في الفصل السابع أن :

"العقدة الحالة هي مبرمة بصفة نهائية وإلزامية لمدة أولى ...وتمتد إلى مدة ثانية اختيارية...

إن المستأجر الذي يرغب في تمديد الإيجار للمدة الثانية الاختيارية ...عليه أن يعبر عن رغبته هاته ...وفي حالة عدم قيامه بذلك، فإن المستأجر يكون قد ارتضى مبدأ خيار شراء الآلات بقيمتها المتبقاة...".

وفي مطلع الفقرة الأولى من الفصل 10 أنه:

"عند انتهاء الإيجار...يجب على المستأجر أن يقوم على نفقته وتحت مسؤوليته بإعادة المعدات إلى المؤجر في حالة جيدة للاستعمال ومن الصيانة وبالمكان الذي يعينه هذا الأخير".

وفي الفصل 17 أنه:

"عند انتهاء المدة التي ابرم بشأنها العقد الحالي، يمكن للمستأجر إذا رغب في ذلك الحصول على تجديده بطلب منه. وفي هذه الحالة، تناقش من جديد شروط تجديد العقد بين الأطراف حسب عناصر الواقع السائدة وقت هذا التجديد".

Scanné avec CamScanner

ثانيا: اتسام الائتمان الإيجاري بالطابع المالي

إن العقود التي تنبني على مقومات من قبيل الثقة والأمانة بين المتعاقدين، تبرم على أساس الاعتبار الشخصي.

وعليه، إذا كان عقد إجارة الأشياء أو الكراء لا ينعقد على أساس الاعتبار الشخصي، ما دام أن المكري يحصل على الأجرة مقابل انتفاع المكتري بالعين المكتراة، فإن عقود الائتمان الإيجاري ترتكز مبدئيا على الاعتبار الشخصي، الذي من تجلياته في الشروط العامة لعقود الائتمان الإيجاري للمنقول، منع تفويت المعدات أو كرائها من الباطن من طرف المستأجر إلا بشروط في بعض الحالات الاستثنائية، كما يفيد بذلك الفصل التاسع من الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري للمنقول لشركة Maghrebail:

"تبقى المعدات ملكا للمؤجر وحده طيلة مدة الإيجار وإلى يوم الأداء الفعلي لقيمته المتبقية من طرف المستأجر. وبالتالي يمتنع المستأجر عن تفويت هذه المعدات أو كرائها أو تسليمها لفائدة الغير بأي شكل من الأشكال، وبالخصوص عن طريق تسيير الأصل التجاري الذي يملكه أو أن ينقله بأي تحمل عيني. إن أي استثناء لمقتضيات هذا البند يجب أن يتم بموافقة كتابية صريحة ومسبقة من طرف المؤجر.

يؤدي عدم احترام هذا الشرط إلى فسخ هذا العقد بقوة القانون وبدون التقيد بأي إجراءات شكلية مسبقة".

وهكذا، يمكن القول بأن عقد الإيجار لئن كان يشكل القاعدة الأساس للائتمان الإيجاري، إلا أنه لا يمكن اعتباره إيجارا تقليديا، بل هو "إيجار تمويلي" بالنسبة للمؤجر، ذلك أنه بالنظر إلى موقعها كإحدى شركات التمويل، فإن شركات الائتمان الإيجاري يقتصر دورها في هذه العملية على شراء المنقول-الذي لم تكن تمتلكه سابقا- من المورد وتمكين المستفيد من الانتفاع به طيلة مدة الإيجار في مقابل أجرة دورية.

Scanné avec CamScanner

غير أن هذه العملية التمويلية لا تكون مربحة بالنسبة إليها إلا إذا استرجعت كامل رأسمالها المستثمر زيادة على هامش من الربح، الأمر الذي يفسر حرصها على التزام المستفيد بعدم طلب إنهاء العقد قبل انتهاء مدته، وإدراجها في العقد شروطا تعفيها من التزاماتها القانونية بوصفها مؤجرة للمنقول وتحصر دورها في الالتزام بالتمويل أي شراء المنقول من البائع وتأجيره للمستفيد لقاء الحصول على أقساط الإيجار مع احتفاظها بملكيته كإحدى الضمانات المهمة التي تمكنها من استيفاء حقوقها المالية من هذا الأخير.

فالائتمان الإيجاري بهذا المعنى يشكل عملية تمويل استثمار يلتزم فيها المستأجر بالدفع الكامل لأقساط الإيجار، ويكفل ضمانات الوفاء للمؤجر، إذ لا الفسخ ولا القوة القاهرة من شأنهما أن يعفيا المستأجر من تنفيذ التزاماته.

الفقرة الثالثة : الطبيعة القانونية لعقد الائتمان الإيجاري

يظهر الائتمان الإيجاري كعملية مركبة وليس مجرد عقد عادي، لذلك لا غرو إن ألفيناه قد استأثر باهتمام رجال الفقه القانوني الذين تسجل لهم العديد من المحاولات في سبيل تسليط الضوء عليه من مختلف الجوانب، خاصة منها ما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية الذي حظي بقسط وافر من الجدل في صفوفهم حول حقيقة الوصف الذي ينبغي إضفاؤه عليه والذي يفترض فيه ألا يتعارض مع وظيفته، وحول مدى ضبط الحدود الفاصلة بينه وبين مجموعة من العقود التي توحي لأول وهلة بتماثلها معه.

وإذا كان المشرع المغربي قد كيف الائتمان الإيجاري بأنه كل عملية إكراء أو إيجار، ولو أنه في الواقع يخرج في الكثير من الجوانب عن القواعد المألوفة في الكراء العادي، لاسيما وأن شركة الائتمان الإيجاري من موقعها كشركة تمويل لا تسمح لها هذه الصفة بأن تتحمل التزامات ذات طابع فني أو تقني أو تكاليف قانونية مثلما هو مقرر

Scanné avec CamScanner

للمكري في الكراء العادي، فإن رجال الفقه القانوني أيضا- خاصة منه الفرنسي- اختلفت مواقفهم بشأنه تكييفه[1141]:

فاعتبره البعض منهم عقد قرض يبرم بين شركة الائتمان الإيجاري والمستفيد من القرض ويتقرر بموجبه احتفاظها بملكية الأصل ضمانا لاسترداد القرض، وبالنسبة لهذا الأخير، انتفاعه بالأصل بمقتضى عقد الإيجار.

ومنهم من كيفه بأنه عقد تمويل بضمان الملكية غير الحيازية بحيث يقدم أحد طرفيه مالا للآخر ويحتفظ بملكيته دون الحيازة، حتى تمام وفاء الطرف الآخر بأقساط التمويل وملحقاته، أو بأنه عقد بيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، باعتبار أن المستفيد فيه يلتزم بأداء أقساط دورية خلال مدة العقد وتحتفظ الشركة الممولة بملكية الأصل على سبيل الضمان، ولا يتقرر له تملك هذا الأصل إلا عند نهاية العقد؛ وجوهر الائتمان الإيجاري لدى أحدهم[1142] هو الإفادة من حق الملكية لأسباب تتعلق بالضمان.

ومن هنا يمكن التمييز بين الملكية التقليدية أو الملكية القانونية مع ما توفره من سلطات تنشأ عن التملك وتنقضي مع هلاك الشيء، والملكية المجردة أو الملكية الاقتصادية التي يمثل الائتمان الإيجاري تطبيقا لها، والتي تسمح لصاحبها باستنفاذ مدة عمر الشيء، بحيث تنشأ عن العقد وتنقضي بانقضائه، وبالتالي فهي ملكية مؤقتة تتحدد مدتها اتفاقا.

وعليه، فإن الالتزام الوحيد الذي تتحمله الشركة المؤجرة، انطلاقا من ارتكاز الائتمان الإيجاري على مفهوم الملكية الاقتصادية -التي تجد

1141- لأخذ فكرة عامة عن التكييف، راجع:
- نورة غزلان الشنيوي، العقود المسماة في ظل ظهير الالتزامات والعقود، مرجع سابق، من ص 61 إلى ص68.
-1142
voir à ce propos :
-Charles Goyet: le lauage et la propriété à l'épreuve du crédit -bail et de bail superficiare. Tome 180. Edition 1984. P 193 et sv.

Scanné avec CamScanner

مصدرها في العقد- هو وضع الشيء تحت تصرف المستأجر، أما الملكية القانونية، التي هي ملكية تفتقد إلى عنصرها المادي، فتعد سندا يخول للشركة المذكورة استرداد كافة سلطات الملكية بمجرد انقضاء العقد المنشئ للملكية الاقتصادية، واحتفاظها بهذا السند الذي يوفر لها الضمان الفعال ضد الصعوبات المالية التي قد تعترض المستأجر، إذ يتيح لها استرداد سلطات الملكية عند عدم وفائه بالتزاماته.

ومنهم أيضا من اعترف له بطبيعته الخاصة نظرا لتعدد التقنيات التعاقدية التي تدخل في تكوينه، وغيرها من الأوصاف الأخرى التي أضفاها عليه هؤلاء انطلاقا من رؤيتهم له[1143] ويظل الحل الأنجع لاختلاف المواقف بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للائتمان الإيجاري هو التدخل المباشر والصريح للمشرع الذي من شأنه تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف.

وعلى حد تعبير المشرع المغربي، فإن هذا الأخير يعتبر كل عملية إكراء أو إيجار للمنقولات أو العقارات أو الأصول التجارية، هو كراء، إلا أنه يختلف اختلافا كبيرا عن الكراء العادي من زاويا متعددة منها أن هذا الأخير، عادة ما يكون بأجرة مناسبة، بخلاف أقساط الكراء التي يدفعها المكتري في الائتمان الإيجاري، والتي تمثل أصل رأس المال زيادة على هامش من الربح كما أن الكراء في هذا الأخير لا

1143- للمزيد من التفصيل حول التكييف الفقهي لعقد الائتمان الإيجاري، راجع:
-Mario Giovanoli :Le Crédit -Bail (Leasing) En Europe :Développement Et Nature Juridique .Edition 1980.Pages 337 à 427.

- امحمد برادة غزيول، مرجع سابق، من ص 67 إلى ص 71.
- عبد السلام الوهابي، مرجع سابق، من ص 367 إلى ص 369.

Scanné avec CamScanner

يمكن أن ينتهي قبل انقضاء المدة المتفق عليها[1144] على عكس الكراء العادي، الذي تحكمه في هذا الباب مقتضيات مغايرة[1145].

كذلك، فإن شركة الائتمان الإيجاري تتحلل من كل مسؤولية عن الشيء المكترى وتلقيها طيلة فترة الكراء على عاتق المستفيد، الذي قد يتحول في إطار الخيارات الممنوحة له بمقتضى العقد المذكور إلى مشتر لهذا الأخير، في حين الكراء العادي لا يرتب مثل هاته الآثار في العلاقة ما بين المكري والمكتري[1146].

1144- ربما تكمن العلة في ذلك، في ضمان كسب الربح الذي تسعى شركة الائتمان الإيجاري إلى تحقيقه من وراء العملية، وكذا تمكين المستفيد من استغلال الشيء دون مفاجأته بضرورة الإفراغ أو إرجاع الأشياء المكتراة إليها.

1145- راجع الفصول من 687 إلى 699 من قانون الالتزامات والعقود التي تتطرق إلى انقضاء الكراء.

1146- أنظر الفصول من 635 إلى 686 من نفس القانون المومأ إليه أعلاه.

المطلب الثاني
سريان عقد الائتمان الإيجاري

يعتبر عقد الائتمان الإيجاري عقدا نموذجيا تضعه في صيغته العقدية شركة الائتمان الإيجاري، مشتملا على مجموعة من الشروط المحددة على وجه التفصيل، تلك الشروط التي تتضمنها بالنسبة للنموذج الذي اعتمدناه في دراستنا والذي يعود لشركة .Maghrebail الفصول من 1 إلى 20.

والجدير بالذكر، أن المشرع المغربي في معرض صياغته لعقد الائتمان الإيجاري لم يقف عند الشروط اللازم تضمينها فيه، وإنما اكتفى بالإشارة إلى أن عدم ذكر الشروط التي من شأنها أن تفضي إلى فسخ العقد أو تجديده بطلب من المستأجر، يجعل العقد باطلا هذا من جهة.

ومن جهة أخرى نجده قد ألمح[1147] إلى جواز تنصيصه على كيفية التسوية للنزاعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاقدين، الشيء الذي يفيد عن طريق الاستنتاج الضمني بأن المشرع أبى إلا أن يترك للأطراف حرية وضع الشروط التي يعتبر أنها أساسية وضرورية لتأمين الوفاء بالتزاماتهما المتقابلة تلك الشروط التي عادة ما تتناولها نماذج من عقود الائتمان الإيجاري والتي سنتناول منها ما يفي بتقريب الصورة عن الالتزامات التي تتمخض عن هذا النوع من العقود.
وهكذا، فإنه متى استجمع هذا العقد عناصر وجوده وصحته ينتج آثاره بين أطرافه.

1147– في المادة 433 من مدونة التجارة.

Scanné avec CamScanner

الفقرة الأولى: تكوين عقد الائتمان الإيجاري

إلى جانب العناصر اللازمة لسائر العقود في ظل القواعد العامة -مع مراعاة خصوصيات كل منها بطبيعة الحال- فإن عقد الائتمان الإيجاري يتطلب فضلا عن ذلك إعداد ملف طلب الائتمان يتقدم به المستفيد لشركة الائتمان الإيجاري مستوف لسائر المعلومات- سواء المتعلقة منها بشخصه أو بمؤهلاته المالية أو بمحل العقد- ومعزز بجميع الوثائق الضرورية، وتوقيعه من قبله وكذا من طرف الشركة المذكورة.

وعمليا، يقطع هذا النوع من التعاقد ثلاث مراحل[1148] تنطلق من اتصال طالب الائتمان بالمورد الذي سيزوده بالسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات التي يرد اقتناءها لفائدة مشروعه، ويحدد له بكل حرية المواصفات التي يرغب في توفرها فيه، كما يتفق معه على الثمن وأجل التسليم، وكأنه سيشتريها لحسابه الخاص وبعد هذه الخطوة يعرض المعني بالأمر طلبه على شركة التمويل التي اختار التعامل معها ويهيئ الملف المشار إليه سابقا إذا قبلت منحه الائتمان، ثم توجه وصل الطلب إلى المورد معلنة عن قبولها الشراء وعن أن المستفيد سوف يتسلم منه تلك الأشياء التي تم الاتفاق عليها بينهما.

الفقرة الثانية: الآثار القانونية لعقد الائتمان الإيجاري

غني عن البيان أن الائتمان الإيجاري عقد ملزم للجانبين بحيث تتولد عنه التزامات متبادلة بين أطرافه، إلا أن المشرع لم يعطها حقها من العناية، وبتعبير آخر فإنه على الرغم من أن بلادنا تعتبر في مقدمة الدول التي وقعت على اتفاقية أوطاوا، إلا أن مدونة التجارة لم تستند إليها لتنهل منها مجموعة من المقتضيات التي تشكل ثغرة فيها كتلك المتعلقة بالتزامات أطراف العقد التي خصصت لها هذه الاتفاقية المواد

1148- أنظر بشأنها:
- امحمد برادة غزيول، مرجع سابق، من ص 41 إلى ص 44.

من 7 إلى 14 على عكس هذه الأخيرة التي ركزت على العلاقة الموجودة بين شركة الائتمان الإيجاري والمستفيد معتبرة إياها علاقة إيجار مع منح المستفيد في نهاية العقد إمكانية تحويل مركزه القانوني عن طريق استعمال خيار الشراء إن أراد.

وعلى كل حال، وعلى ضوء كل من اتفاقية أوطاوا والعقد النموذجي لشركة Maghrebail، ارتأينا أن نتناول آثار عقد الائتمان الإيجاري على النحو التالي:

أولا: التزامات المستأجر في عقد الائتمان الإيجاري

من المعلوم، أن المكتري حسب القواعد العامة لعقد الكراء الواردة في قانون الالتزامات والعقود -لاسيما الفصل 663 منه- "يتحمل بالتزامين أساسيين هما: الالتزام بدفع الكراء، ثم الالتزام بالمحافظة على الشيء المكترى وباستعماله بدون إفراط أو إساءة وفقا لإعداده الطبيعي أو لما خصص له بمقتضى العقد.

أما في إطار عقد الائتمان الإيجاري، فإن المستأجر[1149] يتحمل التزامات أخرى تتطلبها طبيعته الخاصة، كما تقتضيها ضرورة حماية مصالح الشركة الممولة، وهي التزامات سنسلط عليها الضوء فيما يلي:

1- الالتزام بتسلم الأشياء والمحافظة عليها

يتحمل المستأجر في عقد الائتمـــان الإيجـــاري الالتـــزام بتسلم الأشياء من المورد، وكذا المحافظة عليها وصيانتها:

أ- تسلم الأشياء محل الائتمان الإيجاري

تتقرر بموجب عقد الائتمان الإيجاري شروط تخص المستفيد أو المستأجر، منها الالتزام بتسلم المعدات التي تم اختيارها من طرفه- وبالشروط التي ناقشها بحرية مع المزود خاصة ما يتعلق بالثمن والأداء

1149- في مقابل المصلحة التي يحققها من خلال هذه التقنية التمويلية.

والآجال وطرق ومكان التسليم- منذ وضعها رهن تصرفه من لدن المزود، وتحرير محضر بذلك يفيد حيازته لها تحت مسؤوليته، وتطابقها مع المواصفات الواردة في سند الطلب، والتوقيع عليه من طرفهما -أي المستأجر والمزود- وتوجيهه فورا إلى الشركة الممولة التي تقوم بتسديد ثمنها، أما صوائر التسليم، فيدفعها المستأجر كما يتحمل مسؤولية التأخير أو التلف أو سوء الاستعمال وكذلك الخسائر -كيفما كان نوعها- التي تسببها هذه المعدات.

فهي بصورة عامة تتحلل من التزامها بالضمان لأنها مؤسسة مالية تقدم الأموال اللازمة لشراء منقول ولا علاقة لها بعدم صلاحيته لأي سبب من الأسباب[1150] لكن في مقابل ذلك تبقى له إمكانية الرجوع بالضمان على المورد[1151].

وفي هذا الصدد، ينص الفصل الثاني من الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري للمنقول لشركة Maghrebail في مطلعه على أنه:

1150- في هذا المعنى تنص الفقرة 1 من المادة 8 من اتفاقية أوطاوا على ما يلي:
"أ-مع مراعاة مقتضيات هذه الاتفاقية أو ما ينص عليه عقد الإيجار المالي، فإن المؤجر المالي يعفى من كل مسؤولية تتعلق بالمعدات تجاه المستأجر المالي ما لم يكن قد لحق بهذا الأخير ضرر ناتج عن استعانته بخبرة المؤجر المالي وتدخله في اختيار المعدات أو مواصفاتها أو اختيار المورد.
ب-يعفى المؤجر المالي من أية مسؤولية تجاه الغير عن أية وفاة أو أضرار تلحق الأشخاص والممتلكات التي تحدثها المعدات".

1151- عملا بمقتضى البند 3 من الفصل 2 من العقد النموذجي للائتمان الإيجاري المنقول لشركة Maghrebail .
-وحسب الفقرة 1 من المادة 10 من اتفاقية أوطاوا فإنه:
"يمكن للمستأجر المالي أن يثير في مواجهة المورد كل الالتزامات الملقاة على عاتق هذا الأخير والناتجة عن عقد التوريد كما لو كان هذا المستأجر المالي طرفا في هذا العقد وكما لو أن المعدات كانت ستسلم له مباشرة، لكن المورد غير مسؤول تجاه المؤجر المالي والمستأجر المالي عن نفس الأضرار".

Scanné avec CamScanner

"1- يتحمل المستأجر صوائر وإخطار تسليم المعدات.
ولا يتحمل الأجير أية مسؤولية في حالة تأخير أو عدم احترام الشروط المنصوص عليها.
2- عند وضع المعدات من طرف المزود تحت تصرف المستأجر يحرر محضر استيلامها حسب الصفة المنصوص عليها من طرف Maghrebail ...".

وإذا ثبت عدم تطابق المعدات المسلمة مع المواصفات المطلوبة[1152] فإنه يتعين على المستأجر إخبار المؤجر بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل، وعدم التوقيع على المحضر، بل وعدم استعمال المعدات لاسيما وأن حيازتها لا يمكن أن تنتقل إليه ما لم يتم التوقيع على محضر الاستلام وإرسال فاتورة البيع إلى المؤجر من أجل التسديد[1153].

غير أنه إذا كان المستأجر هو من رفض تسلم المعدات المطلوبة والتوقيع على محضر الاستلام دون مبرر معقول بحيث كانت المعدات مطابقة تماما مع المواصفات المبنية في الطلب، فإنه يجب عليه أن يعوض المؤجر عن كل الأضرار والمصاريف والفوائد المترتبة عن رفضه التعسفي هذا[1154].

ويرتبط بالالتزام بتسلم المعدات، وجوب استعمالها بكيفية عادية طبقا لعرف المهنة، ومراعاة تعليمات المزود عند تركيبها وصيانتها[1155]

1152- بخصوص عدم تسليم المعدات أو التأخير في تسليمها أو عدم مطابقتها للمواصفات المطلوبة تقضي الفقرة 5 من المادة 12 من اتفاقية أوطاوا بأن:
"ليس للمستأجر المالي أية دعوى أخرى تجاه المؤجر المالي نتيجة عدم تسليم المعدات أو التأخير في تسليمها أو تسليم معدات غير مطابقة لمواصفات العقد إلا إذا كان ذلك نتيجة فعل أو امتناع صادر عن المؤجر المالي".

1153- راجع البنود من 1 إلى 4 من الفصل 2 من نفس العقد النموذجي.

1154- أنظر مطلع البند 6 من الفصل 2 منه.

1155- انظر البند 1 من الفصل 3 والفصل 4 منه.

Scanné avec CamScanner

تحت طائلة إمكانية فسخ العقد من قبل المؤجر فيما لو أصبحت المعدات غير صالحة للاستعمال، أو حال سبب ما دون استعمالها حتى ولو كان حادثا فجائيا أو قوة قاهرة، وفي هذه الحالة، لا يمكن للمستأجر المطالبة بالتعويض أو بتخفيض الكراء[1156].

ب- المحافظة على الأشياء محل الائتمان الإيجاري

لما كان من بين الخيارات التي يمنحها عقد الائتمان الإيجاري للمستأجر، إرجاع الأشياء في شكل صالح للاستعمال، فإنه يترتب على هذا الأخير التزام آخر يتمثل في المحافظة على المعدات[1157] وصيانتها وإصلاحها ودفع المصاريف الضرورية لهذا الغرض[1158].

وحماية لحقوق ملكيتها فإن الشركة الممولة تحتفظ لنفسها بحق مراقبة مدى حسن استعمال وصيانة وإصلاح المعدات في أي وقت طوال مدة العقد عن طريق أحد الأعوان الذي تعينه لهذا الغرض[1159] كما أنها تمنع المستأجر من التصرف فيها بعوض أو بغير عوض كتفويتها أو كرائها أو رهنها، ما لم توافق على ذلك كتابة وبكيفية صريحة[1160] أما إذا قام المؤجر بتفويت المنقولات موضوع هذا العقد فإن المفوت له يظل ملزما طيلة مدة عقد الائتمان الإيجاري بنفس

1156– أنظر البند 2 من الفصل 3 منه.

1157– تنص على هذا الالتزام الفقرة 1 من المادة 9 من اتفاقية أوطاوا بقولها: "على المستأجر المالي المحافظة على المعدات واستعمالها وفق ضوابط معقولة وإبقائها على حالتها التي سلمت فيها إليه، مع مراعاة التآكل المتتالي نتيجة الاستعمال العادي وكل تعديل لهذه المعدات تم الاتفاق عليه بين الأطراف".

1158– يستفاد من مطلع الفصل 6 من نفس العقد النموذجي، أنه في حالة إضافة قطع إلى المعدات فإنها تصبح بقوة القانون ملكا لشركة الائتمان الإيجاري دون أي تعويض يستحق في جانبها، بل يمكنها أن تطالب عند نهاية العقد بإعادة المعدات إلى حالتها الأصلية وذلك على نفقة المستأجر.

1159– وهو ما جاء في ختام الفصل 6.

1160– أنظر الفصل 9 من نفس العقد النموذجي.

Scanné avec CamScanner

التزامات المفوت الذي يبقى ضامنا لذلك[1161] وفي هذا الصدد أيضا تنص المادة 432 من مدونة التجارة، على أنه:

"في حالة تفويت ما لا تشمله عملية ائتمان إيجاري، فإنه على المفوت إليه أن يتحمل طيلة مدة العملية، نفس التزامات المفوت الذي يبقى ضامنا" لأن عقد الائتمان الإيجاري من عقود الأمانة[1162].

وعلاوة على ذلك، فإن شركة الائتمان الإيجاري تفرض على المستأجر التزاما آخر بوصفه حارسا وحائزا للشيء عن كل الأضرار التي تتسبب فيها المعدات أو التجهيزات أو الآلات للغير بمناسبة تشغيلها، ألا وهو التأمين لدى إحدى شركات التأمين والتعهد بتسديد سائر أقساطه في آجالها سواء تم الاكتتاب من طرفه أو من طرفها على أن يمنحها تفويضا بشأن التعويض، وإلا فإنها تحل محله في أدائها مع مراعاة حقها في فسخ العقد[1163].

ويتضح من خلال تضمين الائتمان الإيجاري مثل هذه التقنية -إلى جانب تقنيات أخرى- أن الهدف منه هو قصر دور الشركة المؤجرة على تقديم الخدمة التمويلية، وتوفير أقصى حماية ممكنة لمصالحها المالية ضد مختلف المخاطر التي قد تهددها، وفي المقابل إثقال كاهل المستأجر بمجموعة من الأعباء والمسؤوليات.

1161- تبعا لما يفيد به الفصل 13 من نفس العقد النموذجي.
وحسبما تنص عليه كذلك الفقرتان 1 و2 من المادة 14 من اتفاقية أوطاوا حيث جاء فيهما ما يلي:
"1- يمكن للمؤجر المالي أن يرتب ضمانات على المعدات أو تفويت كل أو بعض حقوقه عليها، أو تلك الحقوق التي يخولها له عقد الإيجار المالي...
2- يمكن للمستأجر المالي تفويت حق استعمال المعدات أو أي حق آخر يخوله عقد الإيجار المالي على أن يكون المؤجر المالي قد وافق على هذا التفويت ومع مراعاة حقوق الغير".

1162- امحمد برادة غزيول، مرجع سابق، ص 63.

1163- أنظر البند 1 من الفصل 15 من نفس العقد النموذجي.

Scanné avec CamScanner

2- الالتزام بأداء الأجرة وسائر المستحقات الأخرى

تعد الأجرة عنصرا جوهريا بالنسبة لشركة الائتمان الإيجاري لأن هدفها من وراء كل عملية هو تحقيق الربح عن طريق جعل أقساط الأجرة تغطي الرأس مال المستثمر في شراء المنقول المؤجر زيادة على هامش من الربح، لذلك، نجد أن بنود هذا العقد تنطوي على شروط أخرى ذات طابع مالي بمقتضاها يلتزم المستأجر بأداء الوجيبة الكرائية خلال الأجل المتفق عليه[1164] وذلك بواسطة إصدار أمر دائم للبنك الذي يتعامل معه، بإجراء اقتطاعات مستمرة من حسابه البنكي على امتداد مدة العقد بحيث إن كل تأخر عن الدفع أو عدم الأداء[1165] يستحق عنه تعويض بالإضافة إلى الرسوم.

وحتى تضمن الشركة المؤجرة أداء الأجرة وسائر الالتزامات الأخرى الملقاة على عاتق المستأجر، فإنها تلزم هذا الأخير أيضا بتقديم كفيل[1166] وهذا يعني أنها لا تكتفي بالضمان المقرر لها من واقع ملكيتها للأصل المؤجر، وإنما تفرض عليه تقديم بعض الضمانات للوفاء بالأجرة المتفق عليها.

1164- وبالنسبة للأجرة ينص البند (ج) من الفقرة 2 من المادة 1 من اتفاقية أوطاوا على أن:
"أجرة الكراء المشترطة في عقد الإيجار المالي تحتسب مع الأخذ بعين الاعتبار على الخصوص اهتلاك كل أو جزء مهم من تكلفة هذه المعدات".

1165- أنظر كلا من البند 1 و 2 و 3 و6 من الفصل 8 منه.

1166 - وفي هذا الصدد ينص الفصل 18 من الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري للمنقول لشركة Maghrebail على ما يلي:
"إذا تدخل شخص أو عدة أشخاص ذاتيون أو معنويون لضمان الالتزامات التي تعاقد بشأنها المستأجر في إطار العقد الحالي، فإن التزام الكفيل أو الكفلاء يكون عند الاقتضاء موضوع اتفاق منفصل، إلا أنه يجدر التذكير بأن هذه الكفالة التي تهدف إلى تسهيل إنجاز عملية الائتمان الإيجاري، تكون ثابتة ولا رجعة فيها، وتضمن التنفيذ الحسن لالتزامات المستأجر مهما كانت طبيعتها، ما دامت هذه الالتزامات ناتجة عن الشروط العامة أو الخاصة للعقد الحالي أو للملحقات التي يمكن أن تضاف إليه".

Scanné avec CamScanner

وإلى جانب الأجرة يتحمل المستأجر بعض الضمانات الإضافية كالدفعات التي أدتها الشركة المؤجرة للمزود قبل فترة الإيجار[1167] وكذا الضرائب المتعلقة بحيازة أو باستعمال المعدات[1168].

وعموما فإنه يلزم بكافة المصاريف التي يمكن أن تنشأ عن العقد، بل وعن الدعاوى التي قد تقيمها شركة الائتمان الإيجاري بهدف المطالبة بالوجيبة الكرائية غير المؤداة[1169].

والجدير بالإشارة، أنه بالنسبة لأداء الوجيبة الكرائية، تطبق القاعدة القائلة "الإيجار يحمل ولا يطلب"، بمعنى أن مكان الوفاء به هو مركز الشركة أو المكان المتفق عليه في العقد[1170].

3- الالتزام بحماية حقوق الشركة المؤجرة

صحيح أن الالتزام بحماية حقوق الشركة المؤجرة يؤلف في حد ذاته موضوعا يستدعي دراسة مفصلة، إلا أنه نظرا لكون المقام لا يسعنا، فإننا سنختزله في نقطتين نتناول في إحداهما الالتزام بالشهر بينما نخصص الأخرى للالتزام بإشعار مؤسسة الائتمان بالمخاطر التي من شأنها أن تهدد حقوقها:

1167- وهو ما ينص عليه البند 5 من نفس الفصل أعلاه.

1168- الشيء الذي ورد ذكره في البند 4 من نفس الفصل.

1169- عملا بمقتضى الفصل 20 من نفس العقد النموذجي.

1170- أنظر البند 2 من الفصل 8 منه.

أ- إشعار الغير بحقوق المؤجر في عقد الائتمان الإيجاري[1171]

قد توحي قراءة سريعة لعقد الائتمان الإيجاري، بأن نطاقه الشخصي يتحدد في الأطراف الأساسية الفاعلة فيه ونقصد المورد وشركة التمويل والمستفيد، مع أن هناك عنصرا آخر يجب عدم تغييبه ألا وهو الغير الذي قد يدخل في علاقة مع هذا الأخير.
وعليه، فإنه يفترض في عقد الائتمان الإيجاري أن يؤطر هذه العلاقات وما ينجم عنها من آثار قانونية.

وفي هذا الصدد، نجد عقد الائتمان الإيجاري للمنقول، يفرض على المستأجر أن يضع على هذا الأخير لوحة بارزة تشير إلى أنه في ملك مؤسسة الائتمان، وأن يحافظ عليها طيلة مدة الإيجار حماية لحقوق المؤجر[1172] وأن يقوم عند الاقتضاء، وعلى نفقة بتقييد لدى المحافظة على الأشياء التي يمكن أن تكون لها صبغة عقارية بطبيعتها أو بالتخصيص بمفهوم الفصلين 6 و7 من مدونة الحقوق العينية[1173].

بل حماية لحقوق شركة الائتمان الإيجاري وكذلك الغير حسني النية من الضرر الذي قد يلحق بهم من جراء بعض الأوضاع التي من شأنها أن تلابس عمليات الائتمان الإيجاري[1174] فإن المشرع المغربي استلزم شهره وشهر التعديلات التي قد تطرأ عليه، وهو ما عبر عنه في الفقرة الأولى من المادة 436 من مدونة التجارة قائلا بصيغة الوجوب: "تخضع عمليات الائتمان الإيجاري لشهر يمكن من التعرف على الأطراف وعلى الأموال موضوع تلك العمليات".

1171- هذا الإشعار الذي يتم من طرف كل من المستأجر والمؤجر.

1172- وهو ما ينص عليه البند 2 من الفصل 5 العقد النموذجي للائتمان الإيجاري للمنقول لشركة Maghrebail.

1173 - كما ينص على ذلك البند 3 من الفصل 5.

1174- قد يحصل أن يتعامل الغير مع المستفيد على أساس وضعه الظاهر - لاسيما وأن الحيازة في المنقول سند الملكية- معتقدا أنه مالك الأشياء التي بيده في حين أنه مجرد مكتر لها فتتأثر بذلك شركة التمويل.

Scanné avec CamScanner

وفي المادة 437 بأنه:
"تشهر التعديلات المدخلة على المعلومات المذكورة في طرة التقييد الموجود.
إذا كان التعديل يقتضي تغييرا في اختصاص كتابة الضبط، فإنه بالإضافة إلى ذلك يجب على مؤسسة الائتمان الإيجاري أن تقوم بنقل القيد المعدل إلى سجل كتابة الضبط المختصة".

كما ورد التنصيص على ضرورة الشهر أيضا في نموذج عقد الائتمان الإيجاري لشركة Maghrebail في الفصل الخامس منه الذي يحيل على المادة 436 المومأ إليها أعلاه.

ونظرا لأنها تكون أكثر حرصا على مصالحها، فإن شهر عقد الائتمان الإيجاري، يتم بمبادرة من شركة الائتمان الإيجاري، وذلك عن طريق تقييده بالسجل الخاص المفتوح بمصلحة السجل التجاري المسجل به المستأجر وعند الاقتضاء بمصلحة السجل التجاري لمكان نشاط مؤسسة هذا الأخير[1175] حيث تكون للبيانات المسجلة بهذا السجل حجة قاطعة، لذلك استلزم المشرع أيضا قيد أي تعديل قد يطرأ عليها على هامش صفحة القيد في السجل التجاري، وتجديد القيد كل خمس سنوات من تاريخ إجرائه حتى لا تسقط تلك التقييدات بالتقادم[1176].

ويظل القيد ساري المفعول ومنتجا لآثاره القانونية[1177] إلى أن يشطب إما باتفاق الأطراف أو تنفيذا لحكم حائز لقوة الشيء المقضي به أو يسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ إجرائه ما لم يجدد، مع العلم

1175- أنظر في ذلك الفقرتان 2 و3 من المادة 436 السالفة الذكر.
1176- حسبما يستشف من الفقرة الأخيرة من المادة 438 من مدونة التجارة والبند 1 من الفصل 5 من نفس العقد النموذجي.
1177- يسري أثر التقييدات التي تمت بصفة قانونية تطبيقا للمواد السابقة ابتداء من تاريخها وفق ما تنص عليه الفقرة 1 من المادة 438 من مدونة التجارة.

Scanné avec CamScanner

أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يحصل من كتابة ضبط المحكمة المختصة على نسخة أو مستخرج من حالة التقييدات[1178].

والجدير بالذكر، أنه إذا لم يتم شهر العقد، فإنه لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الأغيار[1179] كما لا يجوز لشركة الائتمان الإيجاري أن تحتج به في مواجهة الدائنين أو ذوي حقوق المستأجر المكتسبة بعوض بالحقوق التي احتفظت بملكيتها إلا إذا أثبتت أنهم كانوا على علم بهذه الأخيرة[1180].

ب- إشعار شركة الائتمان الإيجاري بالمخاطر المهددة لحقوقها

ينص عقد الائتمان الإيجاري للمنقول[1181] على أنه يتعين على المستأجر في حالة ما إذا حاول شخص ما حجز المنقول أو المطالبة به أن يشعر فورا شركة الائتمان الإيجاري، كما أنه يتحمل ما يترتب عن الدعاوى التي يجب سلوكها من أجل حماية حقوقها من نتائج.

كانت تلكم باختصار الالتزامات الأساسية التي يلقيها عقد الائتمان الإيجاري للمنقول على عاتق المستأجر[1182] والتي قد يتدخل كفيل أو عدة كفلاء لضمان تنفيذها بصرف النظر عن طبيعتها ما دامت أنها منبثقة عن شروط العقد المذكور[1183].

1178- الشيء الذي تنص عليه المادة 439 من نفس المدونة.
1179- تطبيقا لمقتضى المادة 442 من مدونة التجارة.
1180- الشيء الذي تؤكده المادة 440 من مدونة التجارة.
1181- ونقصد البند الأخير من الفصل 5.
1182- كما وقفنا عليها بقراءتنا للعقد النموذجي للائتمان الإيجاري لشركة Maghrebail.
1183- أنظر في هذا المعنى الفصل 18 من العقد النموذجي الموما إليه أعلاه.

Scanné avec CamScanner

ثانيا : التزامات شركة الائتمان الإيجاري

في الواقع، يتخلل العلاقة ما بين شركة الائتمان الإيجاري والمستأجر عنصر الإذعان، ذلك أن هذا الأخير لا يجد بدا من الانصياع للشروط التي تضعها المؤسسة المذكورة بمناسبة تحديدها للمضمون الاتفاقي للعقد، في سبيل تحقيق مشروعه، مما يجعل مشكل اللاتوازن العقدي بين الطرفين مطروحا هنا بشكل ظاهر للعيان، وبالتالي فإن المنطق يقتضي الحديث عن حقوق شركة الائتمان الإيجاري وليس عن التزاماتها، لكن عموما هناك بعض الالتزامات الأساسية التي تتعلق بها والتي نجملها فيما يلي:

1- الالتزام بشراء المنقول

إن هذا الالتزام طبيعي إذ ينبثق عن الدور الذي تلعبه شركة الائتمان الإيجاري بوصفها إحدى شركات التمويل ومن ثم فإنها تتعهد بصفتها وكيلا للمستأجر بشراء ما يحتاج إليه من معدات أو آلات وتجهيزات[1184] بالثمن والمواصفات المتفق عليها مع المورد أي أنها بعبارة أخرى تنتقي الأشياء الملائمة لمتطلباتها وتتفاوض بشأن ثمنها وأجل وطريقة تسليمها والتحسينات التي يرغب فيها على أن يضمن ذلك في كناش التحملات.

1184- في هذا الصدد تنص الفقرة 1 من الفصل 1 من نفس العقد النموذجي على أنه:

"في إطار عملية الائتمان الإيجاري ... تقدم المؤجر بصفته وكيل المستأجر بطلبية المعدات...".

ويفيد البند 2 من الفقرة 2 من المادة 1 من اتفاقية أوطاوا بأن:

"اقتناء المعدات يقع على عاتق المؤجر المالي بموجب عقد الإيجار المالي المبرم أو الذي سيبرم بين المؤجر المالي والمستأجر المالي والذي يتم بعلم المورد".

2- الالتزام بتحقيق خيار التملك لفائدة المستاجر

يتضح من تعريف عقد الائتمان الإيجاري أن مناطه هو تمكين المستأجر من أن يتملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع المكراة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إنه يتعين على شركة الائتمان الإيجاري أن تسلك خيار الشراء في نهاية مدة الإيجار، في حالة ما إذا رغب المكتري في ذلك، بأن تقوم بنقل ملكية المنقول لفائدته، لاسيما وأنها في البداية تكون ملتزمة بوعد من جانب واحد بالبيع[1185].

وفي الختام، لا بأس من الإشارة إلى أنه إذا كانت علاقة المستأجر بشركة الائتمان الإيجاري لا تطرح إشكالا ما دامت هذه الأخيرة تنفرد بتحرير العقد الذي يربط بينهما والذي من أبرز خصائصه كونه ينقل تقريبا كل الالتزامات التي تقع عادة على المكري إلى المكتري، فإن علاقة المستأجر بالمورد أثارت على مستوى الفقه نقاشا وحول طبيعتها والأساس القانوني الذي يسمح للأول بالتحرك في مواجهة الثاني إذا أخل بالتزاماته رغم أنه لم يكن طرفا في عقد الشراء المبرم بين شركة الائتمان الإيجاري كمشترية والمورد أو المزود كبائع وإنما ينحصر دوره في تسلم المنقول من هذا الأخير والتحقق من مواصفته.

وفي هذا الإطار برزت عدة نظريات حاولت ملامسة الخيط الرابط بين المستأجر والمورد وذلك انطلاقا من فكرة الوكالة أو التفويض أو الاشتراط لمصلحة الغير أو غيرها[1186] وإن كانت اتفاقية أوطاوا قد حسمت الموضوع ذاهبة[1187] إلى أنه :

1185- أنظر بخصوص شروط رفع خيار الشراء الفصل 7 من نفس العقد النموذجي.

1186- أنظر في هذا الشأن:

Scanné avec CamScanner

"1- يمكن للمستأجر المالي أن يثير في مواجهة المورد كل الالتزامات الملقاة على عاتق هذا الأخير والناتجة عن عقد التوريد كما لو كان هذا المستأجر المالي طرفا في هذا العقد وكما لو أن المعدات كانت ستسلم له مباشرة لكن المورد غير مسؤول تجاه المؤجر المالي والمستأجر المالي عن نفس الأضرار.

2- إن مقتضيات هذه المادة لا تخول للمستأجر المالي حق فسخ أو إلغاء عقد التوريد دون رضى المؤجر المالي".

- امحمد برادة غزيول، مرجع سابق، من ص 80 إلى ص 88.

1187- في المادة 10 منها.

Scanné avec CamScanner

المطلب الثالث
انقضاء عقد الائتمان الإيجاري

ينقضي عقد الائتمان الإيجاري حسب المألوف من الأحوال بانتهاء المدة المحددة له باتفاق فيما بين المتعاقدين، كما قد ينقضي بإخلال أحدهما بالتزاماته أو بحدوث ظروف حالت دون استمرارية تنفيذه.

وعليه، فإننا سنتطرق من جهة إلى انتهاء العقد بانتهاء المدة المحددة له من جهة أخرى سنتناول إنهاءه قبل انتهاء مدته وذلك تباعا كالآتي:

الفقرة الأولى: انتهاء عقد الائتمان الإيجاري بانتهاء مدته

بناء على وصف المشرع المغربي له بكونه عقد كراء أو إيجار فإن عقد الائتمان الإيجاري عقد زمني أو مستمر، بالتالي فإنه ينتهي بانتهاء مدته، في هذه الحالة، نجد أن بنوده تنص على منح المستأجر ثلاثة خيارات، هي إنهاء العقد مع ما يستتبع ذلك من وجوب إرجاع المنقول المؤجر إلى شركة الائتمان الإيجاري، أو تجديد عقد الإيجار أو الكراء أو شراء ذلك المنقول.

أولا: إعادة المنقول المؤجر إلى شركة الائتمان الإيجاري

يترتب على انتهاء مدة الإيجار، وجوب قيام المستأجر -على نفقته و تحت مسؤوليته- بإعادة المنقول إلى شركة الائتمان الإيجاري- في الوقت وبالمكان الذي تعينه هذه الأخيرة -في حالة جيدة ودون أن يتعدى الاستهلاك الحد الطبيعي للاستعمال العادي، وإلا فإنه يحق لها حيازته مباشرة في أي مكان يوجد به وفي أي يد كان فيها على نفقة المستأجر، بل و يمكنها عند الاقتضاء مراجعة القضاء الاستعجالي لدى المحكمة التجارية للمقر الاجتماعي لشركة الائتمان الإيجاري أو المكان

المتواجد فيه المنقول، والذي يتمتع بسلطة الأمر بإرجاعه بمقتضى أمر تنفيذي، حتى ولو دعت الظروف إلى استعمال القوة العمومية[1188].

ثانيا : تجديد عقد الائتمان الإيجاري

جاء في المادة 433 من مدونة التجارة أنه:

"تنص عقود الائتمان الإيجاري تحت طائلة البطلان[1189] على الشروط التي يمكن فيها... تجديدها بطلب من المتعاقد المكتري...".

وهكذا، فإن الخيار الآخر الممنوح للمستأجر يتمثل في تجديد العقد بعد انتهائه إذا رغب في ذلك، حيث تتم مناقشة شروط التجديد بين الطرفين على ضوء الظروف المحيطة بالعملية[1190].

ثالثا : تملك المستأجر للمنقول محل الائتمان الإيجاري

إذا قرر المستأجر إعمال خيار الشراء، لزمه أن يعلم شركة الائتمان الإيجاري بذلك بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالاستلام، غير أنه يحمل عدم قيامه بذلك على محمل قبول خيار شراء المنقول بقيمته المتبقية[1191].

الفقرة الثانية : إنهاء عقد الائتمان الإيجاري قبل انقضاء مدته

كما لا يخفى، فإن من أبرز الخصائص المميزة للعقود التبادلية التي يعتبر عقد الائتمان الإيجاري واحد منها، كونها تخول للمتعاقد الحق في طلب الفسخ عند امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته. وبالنسبة لعقد الائتمان الإيجاري- الذي يصعب فيه عمليا تصور إخلال

1188- عملا بالفصل 10 من نفس العقد النموذجي.

1189- إن البطلان الوارد في النص أعلاه هو بطلان نسبي قرره المشرع لحماية مصالح المستأجر.

1190- كما يفيد بذلك الفصل 17 من نفس العقد النموذجي.

1191- أنظر الفصل 7 من نفس العقد النموذجي المشار إليه أعلاه.

Scanné avec CamScanner

شركة الائتمان الإيجاري بالتزاماتها التعاقدية- فإنه عادة ما يتم تضمينه شروطا تحدد مسبقا مقدار التعويض الذي يستحق لها في حالة إخلاله بأحد التزاماته، وذلك من أجل تفادي أي خسارة محتملة. وقد ذكرت المادة 433 من مدونة التجارة الفسخ قائلة:

" تنص عقود الائتمان الإيجاري تحت طائلة البطلان على الشروط التي يمكن فيها فسخها...".

كما أنه بالرجوع إلى بنود العقد النموذجي للائتمان الإيجاري للمنقول لشركة Maghrebail يستشف أن الفسخ قد يكون بمبادرة من شركة الائتمان الإيجاري، أو بقوة القانون، أو بطلب من المستأجر.

أولا: فسخ عقد الائتمان الإيجاري من طرف المؤجر

يحق لشركة التمويل أن تفسخ عقد الائتمان الإيجاري، إذا أخل المستأجر بأحد الالتزامات العقدية[1192] أو عجز عن تحمل ما يثقله به العقد من أعباء مالية، وهكذا فإنه بمقدورها أن تلجأ إليه، إذا امتنع المستأجر عن دفع أقساط الأجرة في المواعيد المحددة لذلك[1193] كما

1192- بخصوص إخلال المستأجر بالتزاماته العقدية تنص المادة 13 من اتفاقية أوطاوا على ما يلي:

"1- في حالة إخلال المستأجر المالي بالعقد فإنه بإمكان المؤجر المالي تحصيل أجرة الكراء المستحقة والتي لم تدفع وكذا الفوائد التأخيرية والتعويضات.

2- في حالة الإخلال الجوهري بالعقد من طرف المستأجر المالي...فإنه بإمكان المؤجر المالي أيضا المطالبة بالأداء المسبق لقيمة أجرة الكراء التي ستستحق وذلك إذا كان عقد الإيجار المالي يقضي بذلك أو أن يعمد إلى فسخ العقد وبعد هذا الفسخ:

أ- يقوم باسترداد المعدات.

ب- وتحصيل التعويضات التي تجعله في نفس الوضعية التي كان سيوجد فيها لو أن المستأجر المالي كان قد نفذ عقد الإيجار المالي على أحسن وجه".

1193- تنص على هذا المقتضى المادة 435 من مدونة التجارة على هذا المقتضى بقولها:

"في حالة عدم تنفيذ المكتري لالتزاماته التعاقدية المتعلقة بأداء المستحقات الناجمة عن الائتمان الإيجاري الواجبة الأداء، فإن رئيس المحكمة مختص بصفته قاضيا للمستعجلات للأمر بإرجاع العقار بعد معاينة واقعة عدم الأداء.

Scanné avec CamScanner

يمكنها إلغاء الطلب و فسخ العقد إذا لم يحترم المزود تاريخ التسليم المبين في الطلب، أو إذا لم تكن المعدات المسلمة للمستأجر مطابقة للمواصفات المشروطة في هذا الأخير[1194] وغيرها من الحالات التي تمس فيها شركة الائتمان الايجاري خطورة محتملة قد تحول دون استيفائها لحقوقها.

ثانيا: فسخ عقد الائتمان الإيجاري بقوة القانون

يفسخ عقد الائتمان الإيجاري بقوة القانون-كما تقضي بذلك الشروط العامة للعقد النموذجي لشركة Maghrebail[1195]- متى رغب المؤجر في ذلك بعد 15 يوما من تاريخ توجيه رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي، أو بأية وسيلة إلى عنوان المستأجر، ينذره فيها بأداء الكراء المتفق عليه أو أحد توابعه أو بتنفيذ إحدى شروط العقد، بحيث إذا لم يتم التنفيذ الكامل للالتزام خلال هذا الأجل يفسخ العقد.

لا يلجأ إلى المسطرة موضوع الفقرة الأولى إلا بعد استنفاذ كل الوسائل الودية المشار إليها في المادة 433 لإنهاء النزاع".

ولعل هذا لا يعني بالضرورة استبعاد تطبيقه حتى بالنسبة للمنقول أيضا.

1194- في هذه الحالة "لا يمكن للمستأجر- حسب البند الخامس من الفصل الثاني من نفس العقد النموذجي أن يطلب أي تعويض يترتب عن فسخ عقد الائتمان الايجاري الناجم عن إلغاء الطلب من طرف المؤجر، ويتعين على المستأجر من جهة، أن يرجع إلى المؤجر المبالغ المسبقة إلى المزود و التي امتنع أو لم يتمكن هذا الأخير من إرجاعها لأي سبب من الأسباب داخل أجل خمسة عشر يوما الموالية لفسخ العقد الناجم عن إلغاء الطلب من طرف المؤجر، من جهة أخرى، أن يرجع أيضا للمؤجر المصاريف المتعلقة بالطلب وإلغائه والكل تضاف إليه فوائد بنسبة 1 في المائة عن كل شهر زيادة على الرسوم".

1195- لاسيما الفقرة 2 من الفصل 12 منه.

كما يفسخ العقد بقوة القانون في حالة الحراسة القضائية أو التصفية القضائية[1196] -أما عند فتح مسطرة التسوية القضائية فيجب

1196- إن حق الملكية والكراء يعتبران من الضمانات الأساسية التي أفرزتها الممارسات التعاقدية إلى جانب الضمانات العينية والشخصية المعروفة، كما أن هذا الائتمان يضمن للمؤسسة المالكة للشيء ألا يدخل هذا الأخير الذي تملكه والموجود بين يدي المقاولة أو الشخص الخاضع للتسوية أو التصفية القضائية لهذه العملية، إذ بعد صدور الحكم القاضي بفتح المسطرة يكون على السنديك إشعار الدائنين الحاملين لضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما بأن يقدموا تصريحا بديونهم وفقا للشكل القانوني المنصوص عليه في مدونة التجارة.
ولا تفوتنا الإشارة هنا، إلى أنه جاء في الفقرة 1 من المادة 686 من القسم الرابع تحت عنوان: القواعد المشتركة لمساطر المعالجة والتصفية القضائية من الكتاب الخامس من مدونة التجارة ما يلي:
"يوجه كل الدائنين الذين يعود دينهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة باستثناء المأجورين تصريحهم بديونهم إلى السنديك. يشعر شخصيا الدائنون الحاملون ضمانات أو عقد ائتمان إيجاري تم شهرهما، وإذا اقتضى الحال في موطنهم المختار".
وورد في المادة 687 ما يلي:
"يجب تقديم التصريح بالديون داخل أجل شهرين ابتداء من تاريخ نشر حكم فتح المسطرة بالجريدة الرسمية. ويمدد الأجل بشهرين بالنسبة إلى الدائنين القاطنين خارج المملكة المغربية.
فيما يخص المتعاقدين المشار إليهم في المادة 573 ينتهي أجل التصريح خمسة عشر يوما بعد تاريخ الحصول على التخلي عن مواصلة العقد إذا كان هذا التاريخ لاحقا لتاريخ الأجل المنصوص عليه في الفقرة الأولى".
وفي هذا السياق أيضا تقضي الفقرة 1 من المادة 7 من اتفاقية أوطاوا بما يلي:
"أ-إن الحقوق العينية للمؤجر المالي على المعدات يمكن التمسك بها في مواجهة وكيل التفلسة ودائني المستأجر المالي بما في ذلك الدائنين الحائزين لسند قابل للتنفيذ سواء كان نهائيا أو مؤقتا.
ب-إن مصطلح وكيل التفلسة في حكم هذه الفقرة يشمل المصفي والمتصرف وكل شخص عين لإدارة أموال المستأجر المالي لأجل مصلحة الدائنين".

تنفيذ عقود الائتمان الإيجاري على الرغم من كل شرط مخالف[1197] - أو من جراء توقف المستأجر عن نشاطه لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أو عند حصول ضعف في الضمانات المقدمة من لدنه، حيث يصبح هذا الأخير على إثر فسخ العقد مدينا للمؤجر بمبلغ الأكرية مع كل الرسوم التي بقيت مستحقة إلى نهاية الكراء الحالي دون مساس بالتعويضات الأخرى؛ غير أنه في جميع هذه الحالات لا يمكن اللجوء إلى الفسخ إلا عند فشل محاولة التسوية الودية[1198].

وقد ذكرت المادة 433 من مدونة التجارة التسوية الودية بقولها: "... تتضمن تلك العقود كيفية التسوية الودية للنزاعات الممكن حدوثها بين المتعاقدين" وذلك انسجاما مع إرادة المشرع في حل النزاعات الناشئة عن عقد الائتمان الإيجاري بطريقة ودية بشأن تأويل أو تنفيذ أي بند من بنوده[1199].

1197- لقد أورد المشرع هذا المقتضى في نص المادة 606 من مدونة التجارة قائلا:

"تحدد المحكمة عقود الائتمان الإيجاري أو عقود الكراء أو التزويد بالسلع والخدمات الضرورية للحفاظ على نشاط المقاولة بناء على ملاحظات الأطراف المتعاقدة مع المقاولة التي يقوم السنديك بالإبلاغ بها.

يكون الحكم الذي يحصر المخطط بمثابة تفويت لهذه العقود.

يجب تنفيذ هذه العقود وفق الشروط المعمول بها عند فتح المسطرة، على الرغم من كل شرط مخالف مع مراعاة آجال الأداء التي يمكن أن تفرضها المحكمة، لضمان التنفيذ السليم للمخطط، بعد الاستماع إلى المتعاقد أو استدعائه بشكل قانوني".

1198- المشار إليها في الفصل 14 من العقد النموذجي محل الدراسة وكذا في مدونة التجارة.

1199- طبقا لمقتضيات الفقرة 2 من الفصل 14 من نفس العقد النموذجي، تتم التسوية الودية عن طريق إشعار الطرف المدعي الطرف الآخر بموضوع مطالبته برسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل تبعث إلى عنوانه، إذ يجب على المرسل إليه أن يعلن عن قراره داخل أجل خمسة عشر يوما من وضع الرسالة لدى مصالح البريد، وإذا لم يسحب هذه الرسالة يفترض فيه أنه رفض التسوية الودية.

Scanné avec CamScanner

وإن كان قد راهن أيضا على القضاء، لاسيما المحاكم التجارية[1200] التي ينعقد لديها اختصاص النظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية التي يدخل عقد الائتمان الإيجاري في زمرتها.

ثالثا : فسخ عقد الائتمان الإيجاري بطلب من المستأجر

على الرغم من التنصيص في العقد النموذجي للائتمان الإيجاري على حق المستفيد في طلب فسخ العقد قبل تاريخ انتهائه، إلا أن تطبيقه يكون مقيدا ببعض الشروط التي تشكل في الواقع ضمانات مهمة بالنسبة لشركة الائتمان الإيجاري، من ذلك أداء المؤجر تعويضا يساوي مبلغ الأكرية والتوابع المتبقية والمحتسبة إلى نهاية مدة الكراء الجاري. ويمكنه أيضا، بعد مدة سنتين من الكراء على الأقل، أن يطلب فسخ الكراء وعلى أن يقدم مستأجرا جديدا يحظى بقبول مؤسسة الائتمان وتوقيع الملحق الذي يثبت هذا التغيير[1201].

تم بعون من الله

أكادير بتاريخ 30 نونبر 2016

1200- ينص الفصل 19 من نفس العقد النموذجي على أنه إذا كان المؤجر مدعيا فإن المحكمة المختصة هي محكمة المكان الذي يوجد فيه مقره الاجتماعي أو موطن المستأجر أو المكان الذي تتواجد فيه هذه المعدات، وإذا كان المستأجر مدعيا، كانت المحكمة المختصة هي محكمة المكان الذي يوجد فيه المقر الاجتماعي للمؤجر .

1201- تبعا لما يفيد به الفصل 12 من نفس العقد النموذجي.

Scanné avec CamScanner

لائحة المراجع

أولا- باللغة العربية

المؤلفات

أحمد ادريوش
أصول قانون الالتزامات والعقود
بحث في الأصول الفقهية والتاريخية
الطبعة الأولى. سنة 1996.
منشورات سلسلة المعرفة القانونية. 1996
مطبعة ومكتبة الأمنية. الرباط.

- الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود كموضوع للبحوث والدراسات
الكتاب رقم 4
الطبعة الأولى سنة 1996
مطبعة ومكتبة الأمنية. الرباط.

- مدخل لدراسة قانون العقود المسماة
الطبعة الأولى. سنة 1997
سلسلة المعرفة القانونية.
البوكيلي للطباعة والنشر والتوزيع. القنيطرة.

- مناهج القانون المدني المعمق
الطبعة الأولى. سنة 2012
منشورات سلسلة المعرفة القانونية. 2012
مطبعة أصكوم. القنيطرة.

Scanné avec CamScanner

أحمد أبو الوفا
التحكيم الاختياري والإجباري
الطبعة الثانية. سنة 2000
الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية. جلال حزى وشركاه.

أكثم أمين الخولي
الوسيط في القانون التجاري، الجزء الرابع: العقود التجارية
الطبعة الأولى. سنة 1958.
مطبعة نهضة مصر.

أحمد أيت الطالب
التنظيم القانوني للسوق المالي المغربي: (البنيات والفاعلون) دراسة قانونية واستشرافية لهيكلة السوق المالي ولتدخلات الفاعلين فيه على ضوء آخر الإصلاحات.
الطبعة الأولى، سنة 2006.
مطبعة المعارف الجديدة. الرباط.

أحمد شكري السباعي
الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي.
الجزء الثالث: شركات المساهمة.
الطبعة الأولى. سنة 2004.
مطبعة المعارف الجديدة. الرباط.
نشر وتوزيع دار نشر المعرفة. الرباط.

• الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية. دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن. الجزء الأول: في النظرية العامة في قانون التجارة. والمحاكم التجارية. والتحكيم الوطني والدولي وقانون الأونسترال للأمم المتحدة. والنظرية العامة في المقاولة ومعايير التميز الجديد. ومختلف أنواع المقاولات. الطبعة الأولى. سنة 2001.
مطبعة المعارف الجديدة. الرباط.

نشر دار المعرفة. الرباط.

• الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن.
الجزء الثاني.
الطبعة الأولى. سنة 2001.
دار نشر المعرفة. الرباط.

• الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها. دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن.
الجزء الأول: في النظرية العامة والأهداف ومساطر الوقاية من الصعوبات: الوقاية الداخلية. الوقاية الخارجية. والتسوية الودية.
الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة. سنة 2007.
مطبعة المعارف الجديدة. الرباط.
نشر وتوزيع دار نشر المعرفة. الرباط.

• الوسيط في الأوراق التجارية
الجزء الأول
الطبعة الأولى. سنة 1999.
مطبعة المعارف الجديدة. الرباط.

إدريس العلوي العبدلاوي
شرح القانون المدني
النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد
الطبعة الأولى. سنة 1996
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• الوسيط في شرح المسطرة المدنية.
القانون القضائي الخاص وفق آخر التعديلات: الجزء الأول
الطبعة الأولى. سنة 1998

مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• شرح القانون المدني
النظرية العامة للالتزام: الجزء الثاني
الإرادة المنفردة. الإثراء بلا سبب. المسؤولية التقصيرية. القانون
الطبعة الأولى. سنة 2000
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي: القواعد العامة لوسائل الإثبات: الكتابة. الشهادة. القرائن. الإقرار. اليمين.
طبعة سنة 1990.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

📖 امحمد لفروجي
التاجر وقانون التجارة بالمغرب: دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والقانون المقارن والاجتهاد القضائي.
الطبعة الثانية سنة 1999.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي: دراسة معمقة ونقدية في ضوء التشريع المغربي والتشريع المقارن ومعززة بأحكام وقرارات قضائية حديثة.
الطبعة الأولى. سنة 1998.
مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

• صعوبات المقاولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها.
الطبعة الأولى، سنة 2000.
مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

الحسين البوعيسي
كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في المادة التجارية.
سلسلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي. العدد 4.
الطبعة الأولى. سنة 2004.
مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

جيروم هوييه
المطول في القانون المدني بإشراف جاك گستان:
العقود الرئيسية الخاصة
ترجمة منصور القاضي
المجلد الأول
الطبعة الأولى. سنة 2003
مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت.

- المطول في القانون المدني، بإشراف جاك غستان.

المجلد الثاني. ترجمة منصور القاضي.
الطبعة الأولى. سنة 2003.
مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع . بيروت. لبنان.

جمال الدين عطية
البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقييد والاجتهاد والنظرية والتطبيق،
كتاب الأمة، العدد 13.
الطبعة الأولى. سنة 1986.
مطابع الدوحة الحديثة. قطر.

حماد العراقي
القضاء المغربي بين الأمس واليوم
الطبعة الأولى. سنة 1975.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء
نشر وتوزيع مكتبة الرشاد. الدار البيضاء.

Scanné avec CamScanner

📖 خالد عبد الله عيد
مدخل لدراسة القانون: أسس ومبادئ نظرية القانون ونظرية الحق
الكتاب الأول : نظرية القانون
الطبعة الأولى. سنة 1987
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.
دار الأمان للنشر والتوزيع. المامونية. الرباط.

📖 رفيق يونس المصري
فقه المعاملات المالية
الطبعة الأولى. سنة 2005
دار القلم. دمشق- دار الشامية. بيروت-دار البشير. جدة.

📖 رضا السيد عبد الحميد
إنهاء وكالة العقود وآثاره في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999
دراسة مقارنة مع القانون الكويتي والقانون الفرنسي
طبعة سنة 1999-2000.
دار النهضة العربية. القاهرة

📖 سمير عبد السيد تناغو
عقد البيع
طبعة سنة 2005
منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزى وشركاه.

• النظرية العامة للقانون
طبعة سنة 1974
منشأة المعارف الإسكندرية. مصر.

📖 سميحة القيلوبي
شرح العقود التجارية.
طبعة سنة 1992.

Scanné avec CamScanner

دار النهضة العربية. مصر.

عبد القادر العرعاري
الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة
الكتاب الأول: عقد البيع
الطبعة الأولى. سنة 1999
توزيع مكتبة دار الأمان. الرباط
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• مصادر الالتزامات
الكتاب الأول: نظرية العقد
دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقـود المغربي
الطبعة الثانية. سنة 2005
مطبعة الكرامة. الرباط
الناشر مكتبة دار الأمان. الرباط.

عبد الإله فونتير
العمل التشريعي بالمغرب: أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية
دراسة تأصيلية وتطبيقية
الجزء الأول : الأصول التاريخية للعمل التشريعي
سلسلة دراسات وأبحاث جامعية.
العدد 2. الطبعة الأولى. سنة 2002.
مطبعة المعارف الجديدة. الرباط.

عبد الرحمن بلعكيد
البيع بين النظر والعمل
الطبعة الثانية. سنة 1995
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

عبد النبي ميكو
المدخل لدراسة القانون
الطبعة الأولى. سنة 1971
مطبعة كوثر. الرباط.

علي سليمان العبيدي
الأوراق التجارية في التشريع المغربي
الطبعة الأولى. سنة 1970
مكتبة التومي. الرباط

عبد الباسط جميعي
أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد. ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل إنشاء الشروط التعسفية.
دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوربية مع إشارة إلى القوانين الأنجلوأمريكية.
طبعة سنة 1990. 1991
دار النهضة العربية. القاهرة.

علي حسن يونس
العقود التجارية.
طبعة سنة 1969.
دار الفكر العربي.القاهرة.

عائشة الشرقاوي المالقي
البنوك الإسلامية: التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق.
الطبعة الأولى. سنة 2000.
الناشر: المركز الثقافي العربي.

عادل حسن علي
الإثبات في المواد المدنية.
طبعة سنة 1996.

Scanné avec CamScanner

مكتبة زهراء الشرق.

عبد الحليم عويس
الطريق إلى اقتصاد إسلامي.
الطبعة الأولى. سنة 1987.
كتاب الشرق الأوسط. الشركة السعودية للأبحاث والتسويق.

عبد الرحيم بحار
الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية.
سلسلة الدراسات والأبحاث. العدد 8. فبراير 2009.
طبعة سنة 2009.
مطبعة إليت. سلا.
منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية. الرباط.

عبد الرزاق أحمد السنهوري
الوسيط في شرح القانون المدني.
الجزء الثالث: نظرية الالتزام بوجه عام.
طبعة سنة 2004.
منشأة المعارف. الإسكندرية.

- الوسيط في شرح القانون المدني.

الجزء السابع:
المجلد الأول: العقود الواردة على العمل: المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة
طبعة سنة 2004.
منشأة المعارف. جلال حزى وشركاه. الإسكندرية.

عبد السميع المصري
المصرف الإسلامي علميا وعمليا
طبعة سنة 1988.
مكتبة وهبة. القاهرة.

عبد العالي العظراوي
صلاحية المحاكم التجارية للبت في دعاوى الأكرية التجارية على ضوء الاجتهاد القضائي.
- الطبعة الأولى. سنة 2002.
دار القلم. الرباط.

عبد العالي بنعمور
دور مجلس المنافسة في تخليق العلاقات الاقتصادية. سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط. العدد الرابع. سنة 2012.
مطبعة الأمنية. الرباط
نشر محكمة الاستئناف. الرباط.

عبد الكريم شهبون
الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي
الجزء الثالث.
الطبعة الأولى، سنة 1999.
مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

عبد اللطيف خالفي
الوسيط في مدونة الشغل:
الجزء الأول: علاقات الشغل الفردية.
الطبعة الأولى. سنة 2004.
المطبعة والوراقة الوطنية. مراكش.

عز الدين بنستي
دراسات في القانون التجاري المغربي: دراسة مقارنة على ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب.
الجزء الأول: النظرية العامة للتجارة والتجار.
الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة. سنة 2001.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

📖 عزت الدسوقي
الموسوعة الحديثة في أحكام النقض
طبعة سنة 2000.
دار محمود للنشر والتوزيع. القاهرة.

📖 عزيز العكيلي
شرح القانون التجاري
الجزء الأول: الأعمال التجارية. التجار. المتجر العقود التجارية. الطبعة الأولى. سنة 2005.
دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان. الأردن.

📖 علال الخياري
الاقتصاد الإسلامي.
طبعة سنة 1988.
شركة النشر والتوزيع المدارس. الدار البيضاء.

📖 علي البارودي ومحمد فريد العريني
القانون التجاري.
الجزء الثاني: العقود التجارية وعمليات البنوك.
طبعة سنة 2000.
دار المطبوعات الجامعية. مصر.

📖 علي جمال الدين عوض
الوجيز في القانون التجاري: العقود التجارية. الأوراق التجارية. عمليات البنوك. الإفلاس.
طبعة سنة 1982.
مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي،
دار النهضة العربية.مصر.

فؤاد معلال
شرح القانون التجاري المغربي الجديد.
الجزء الأول: نظرية التاجر والنشاط التجاري: اكتساب صفة التاجر. التزامات التاجر وحقوقه. الأصل التجاري. ضوابط المنافسة التجارية. الملكية الصناعية.
الطبعة الثالثة. سنة 2009.
مطبعة الأمنية الرباط.

فريدة اليوموري
القانون التجاري: الأعمال التجارية والتاجر
الطبعة الأولى. سنة 2006
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

محمد جلال السعيد
مدخل لدراسة القانون
طبعة سنة 1993
دار الأمان . الرباط

محمد أشركي
الظهير الشريف في القانون العام المغربي
الطبعة الأولى. سنة 1983
دار الثقافة. الدار البيضاء
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء

موسى عبود ومحمد السماحي
المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي وفق تعديلات سنة 1993.
طبعة سنة 1994
مطبعة الصومعة. الرباط.

موسى عبود
الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي
الطبعة الأولى. أكتوبر سنة 1994
الناشر: المركز الثقافي العربي. الدار البيضاء. بيروت.

محمد الكشبور
نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة
دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج
الطبعة الأولى. سنة 1993
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية:
محاولة للتمييز بين الواقع والقانون
الطبعة الأولى. سنة 2001
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

محمد السيد الفقي
القانون التجاري: الإفلاس. العقود التجارية. عمليات البنوك.
الطبعة الأولى. سنة 2010.
منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان.

محمد الشافعي
الأوراق التجارية في مدونة التجارة.
الطبعة الثالثة، بدون ذكر السنة.
المطبعة والوراقة الوطنية. مراكش.

محمد باقر الصدر
البنك اللاربوي في الإسلام.
الطبعة الثامنة. سنة 1983.
دار المعارف للمطبوعات، بيروت. لبنان.

محمد جنكل
العمليات البنكية المباشرة: الحساب بالاطلاع. الاعتماد المستندي. القرض والخصم. دراسة قانونية وفقهية وقضائية منقحة طبقا لأحدث التعديلات في القوانين المغربية والقوانين المقارنة.
طبعة سنة 2010.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

مصطفى كمال طه وعلي البارودي
القانون التجاري: الأوراق التجارية.الإفلاس. العقود التجارية. عمليات البنوك.
الطبعة الأولى. سنة 2001.
منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان.

مصطفى كمال طه
العقود التجارية وعمليات البنوك. دراسة مقارنة.
الطبعة الأولى. سنة 2010.
منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان.

محمد برادة غزيول
عقد الائتمان الايجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء.
الطبعة الأولى. سنة 1998.
مطبعة المعارف الجديدة. الرباط.

نورة غزلان
الوجيز في العقود التجارية
دراسة في ضوء المقتضيات التشريعية والممارسة العملية معززة بنصوص تشريعية وتنظيمية ومشاريع قوانين وأحكام وقرارات قضائية ومزيدة بمستجدات تتعلق بـ:
النظام الأساسي لغرف التجارة والصناعة والخدمات لسنة 2013.
التقرير السنوي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي لسنة 2013
البنوك التشاركية في ظل مشروع القانون البنكي رقم 34.03

الطبعة الأولى. سنة 2014.
مطبعة الورود. إنزكان.

- التنظيم القضائي للمملكة: دراسة للبناء الأساسي وفق رؤية قانونية منذ فترة ما قبل الحماية إلى غاية الألفية الثالثة.
الطبعة الأولى. سنة 2010.
مطبعة الورود. إنزكان.

- التنظيم القضائي للمملكة: دراسة من صميم الإصلاح الشامل للقضاء المغربي
الطبعة الثانية. سنة 2013.
مطبعة الورود. إنزكان.

- قانون المسطرة المدنية وفق آخر المستجدات
الطبعة الثالثة. سنة 2015.
مطبعة الورود إنزكان.

- العقود المسماة في ظل ظهير الالتزامات والعقود المغربي، دراسة لعقد البيع وعقود أخرى معززة بـ: القانون رقم 53.05 حول التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية. القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار. القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز.
الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة وفق آخر المستجدات سنة 2009- 2010 مطبعة الورود إنزكان.

- المكونات البنيوية للتنظيم القضائي المغربي: دراسة تحليلية من زاوية المقومات الجوهرية للحكامة الجيدة.
الطبعة الأولى. سنة 2008-2009.
مطبعة الورود. إنزكان.

- نافذة على أصول التقاضي: دراسة مختصرة في ضوء قانون المسطرة المدنية المغربي.
  الطبعة الأولى. سنة 2008–2009.
  مطبعة الورود. إنزكان.

- التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة التنظيم القضائي للمملكة في ضوء مستجدات سنة 2016
  الطبعة الأولى. سنة 2016.
  مطبعة الأمنية. الرباط.

- التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة المسطرة المدنية في ضوء مشروع قانون فرعي صيغة 12 يناير 2016
  الطبعة الأولى. سنة 2016.
  مطبعة الأمنية. الرباط.

نبيل أبو مسلم

الدليل العملي في المنازعات البنكية من خلال رصد لأهم مواقف القضاء المغربي.
طبعة سنة 2010.
مطبعة الأمنية. الرباط.
نشر دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع الدار البيضاء.

نصر الدين فضل المولى محمد

المصارف الإسلامية: تحليل نظري ودراسة تطبيقية على مصرف إسلامي.
الطبعة الأولى. سنة 1985.
دار العلم للطباعة والنشر جدة. السعودية.

هاني محمد دويدار

النظام القانوني للتأجير التمويلي: دراسة نقدية في القانون الفرنسي. طبعة سنة 1994.
دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية.

Scanné avec CamScanner

📖 ياسر سيد الحديدي
النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري.
طبعة سنة 2006.
دار الفكر العربي. مصر.

الأطروحات والرسائل والمطبوعات الجامعية

أسامة عبد الرحمان
نظرية العذر وآثارها على الالتزام التعاقدي
أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص
السنة الجامعية: 1990
جامعة الحسن الثاني. الدار البيضاء
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.

بلعيد كرومي
سلطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية والوضعية
أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص
السنة الجامعية: 1990-1991.
جامعة الحسن الثاني
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.

عبد اللطيف شبيب
الجوانب القانونية للحساب الجاري على ضوء القانون المغربي والمقارن.
رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص.
السنة الجامعية: 1993-1994.
جامعة القاضي عياض.
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. مراكش.

محمد معتصم
التطور التقليداني للقانون الدستوري المغربي
أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام
السنة الجامعية : 1988.
جامعة الحسن الثاني. الدار البيضاء

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

📖 **محمد شيلح**
سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد
رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص
السنة الجامعية: 1983
جامعة محمد الخامس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الرباط.

📖 **ماجد محمد عبد الرحمان خليفة**
الوكالة التجارية.
أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص
سنة 1977.
جامعة القاهرة.
كلية الحقوق.

📖 **نورة غزلان**
تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب
أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص
السنة الجامعية: 2004-2005
جامعة الحسن الثاني. المحمدية
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. المحمدية.

- حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص
السنة الجامعية: 1994-1995
جامعة الحسن الثاني. الدار البيضاء
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.

Scanné avec CamScanner

• الطرق البديلة لتسوية المنازعات
مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة الأسدس السادس. شعبة القــانون الخاص
السنة الجامعية: 2005–2006
جامعة الحسن الثاني. المحمدية
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. المحمدية.

المقالات والندوات

الطاهر القضاوي

تقنية الوعد بالكراء والكراء مع البيع
مجلة الميادين
العدد 8. سنة 1993
كلية الحقوق وجدة.

المختار بكور

قراءة لاتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الإيجار المالي الدولي (أوطاوا 28 ماي 1988).
المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية. العدد 34 . سنة 1994. ص 103 وما بعدها.

عبد السلام الوهابي

عقد الائتمان الإيجاري للمنقول في القانون المغربي. الندوة الرابعة للعمل القضائي والبنكي. يناير 2004.
سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية. المملكة المغربية. وزارة العدل. المعهد العالي للقضاء.

شمس الدين عبداتي

التحكيم التجاري قضاء المستقبل
المجلة المغربية للتحكيم التجاري
العدد 2. سنة 2003.

عبد الحفيظ الأمراني العلوي

التحكيم في الشريعة الإسلامية : مفهوم التحكيم فقها وقضاء.
المجلة المغربية للتحكيم التجاري
العدد 2 سنة 2003.

محمد الكشبور

مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون العقود والالتزامات في مجال العقار غير المحفظ

المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية

العدد 7. سنة 1984.

عدد خاص بالأيام الدراسية حول موضوع : قانون الالتزامات والمجتمع بعد مضي سبعين سنة. 20-21 أبريل.1984.الدار البيضاء

مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

- ازدواجية لغة النص التشريعي وأثرها على القضاء

مجلة القانون والاقتصاد. العدد6 سنة 1990

عدد خاص بأعمال الندوة الوطنية التي نظمتها كلية الحقوق بفاس. يومي 24 و 25 نونبر 1989. في موضوع: "القضاء بالمغرب: واقع وآفاق".

جامعة سيدي محمد بن عبدالله

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. فاس.

محمد شيلح

أصول قانون الالتزامات والعقود من زاوية واضعه وموضوعه: محاولة قراءة في قانون الالتزامات والعقود من خلال سيرته

مجلة القانون والاقتصاد

العدد 5. سنة 1989.

جامعة سيدي محمد بن عبدالله

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. فاس.

- في مشاكل الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي من حيث تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وشروط الإبطال المبنية عليها من خلال التعليق على القرار رقم 1625 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 يونيو 1988

مجلة القانون والاقتصاد

العدد 7 سنة 1991. عدد خاص بالدراسات القانونية والسياسية

جامعة سيدي محمد بن عبدالله

Scanné avec CamScanner

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. فاس.

محمد جلال السعيد
اتساع مجال بعض العقود المسماة وجمود النصوص القانونية المنظمة لها
المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن
العدد 18 سنة 1992
عدد خاص باليوم الدراسي لتكريم الأستاذ نور الدين الجزولي في موضوع: "العقود بين النص القانوني والاجتهاد القضائي" في 14 دجنبر 1990
جامعة القاضي عياض
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. مراكش.

محمد سلام
الطرق البديلة لحل النزاعات: التجربة الأمريكية كنموذج
أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس يومي 4 و 5 أبريل 2003 في موضوع: الطرق البديلة لتسوية المنازعات
منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية
سلسلة الندوات والأيام الدراسية
العدد 2. الطبعة الأولى. سنة 2004
مطبعة فضالة. المحمدية
التوزيع دار القلم. الرباط.

الأحكام والقرارات القضائية

- الحكم المدني رقم 265 الصادر في 4 يونيو 1985.
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 9. الإصدار الرقمي. دجنبر سنة 2000.

- حكم المحكمة التجارية بمراكش عدد 1166 الصادر بتاريخ 23 نونبر 2000.
المنشور بمجلة المحامي. العدد 39.

- حكم المحكمة التجارية بمراكش الصادر في الملف رقم 99.505 بتاريخ 28 يونيو 1999.
المنشور بمجلة الإشعاع. العدد 20.

- حكم المحكمة التجارية بمراكش.
المنشور بمجلة المحامي. العدد 34. يناير 1994.

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 25 يونيو 1969.
المنشور بمجلة القضاء والقانون. العدد 102 . أكتوبر سنة 1969.
وبمجلة قضاء المجلس الأعلى.الإصدار الرقمي دجنبر 2000. العدد 11. مركز النشر والتوثيق القضائي.

- قرار المجلس الأعلى عدد 201 الصادر بتاريخ 20 ماي 1977 في الملف المدني رقم 678.
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي دجنبر 2000. العدد 25 مركز النشر والتوثيق القضائي.

- قرار المجلس الأعلى رقم 1568 الصادر بتاريخ 26 يونيو 1985.
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 39. الإصدار الرقمي. دجنبر 2000.

Scanné avec CamScanner

- قرار المجلس الأعلى رقم 1568 الصادر بتاريخ 26 يونيو 1985.
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 39. الإصدار الرقمي. دجنبر سنة 2000.

- قرار المجلس الأعلى رقم 2750 الصادر بتاريخ 20 نونبر 1985 في الملف المدني عدد 94865 .
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي. دجنبر 2000. العدد 41. مركز النشر والتوثيق القضائي.

- قرار المجلس الأعلى عدد 278 الصادر بتاريخ 25 مارس 1985.
المنشور بالمجلة المغربية للقانون. العدد الأول. سنة 1986.

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13 نونبر 1989 في الملف عدد 2226.
المنشور بمجلة القضاء والقانون. القانون.العدد 142. السنة 28.

- قرار المجلس الأعلى رقم 3704 الصادر في الملف المدني عدد 95.9.1.2484 بتاريخ 12 يونيو 1997.
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العددان 53-54. الإصدار الرقمي. دجنبر سنة 2000.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 125 الصادر بتاريخ 12 نونبر 1998 في الملف عدد 98.205.
المنشور بمجلة المعيار العدد 24.

- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 5 ت 99 الصادر بتاريخ 9 فبراير 1999 في الملف رقم 65. 99. 6.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 99134 الصادر بتاريخ 22 مارس 1999.
المنشور بمجلة المحاكم التجارية. العدد 1. ماي 2004.

Scanné avec CamScanner

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 171 الصادر بتاريخ 10 فبراير. 2000.
المنشور بمجلة المحاكم التجارية. العدد 1. ماي 2004.

- قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة عدد 898 الصادر بتاريخ 17 يوليوز2000 في الملف المدني رقم 1544.99.
المنشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 23.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس العدد 252 الصادر بتاريخ 11 أبريل 2000 في الملف رقم 12. 5. 1999.
المنشور بمجلة المعيار. العدد 27.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم 1781 الصادر في الملف التجاري عدد 98.1.6.169 بتاريخ 15 نونبر 2000.
المنشور بمجلة المحاكم المغربية. العدد 88.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر في الملف عدد 99.869 بتاريخ 22 فبراير 2000.
المنشور بمجلة المحاكم التجارية. العدد 1. ماي سنة 2004.

- قرار المجلس الأعلى رقم 1957 الصادر في الملف التجاري عدد 00.1844 بتاريخ 26 شتنبر 2001.
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي دجنبر 2000. مركز النشر والتوثيق القضائي.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 259 الصادر في الملف عدد 07.1793 بتاريخ 14 فبراير 2008.

المجلات والموسوعات

- مجلة المحاكم المغربية

العدد 435. سنة 1931. و العدد 1217

- مجلة القضاء والقانون

العدد المزدوج: 85-87. سنة 1967

- المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد

العدد 4. سنة 1978. والعدد 5. سنة 1979

- مجلة رابطة القضاة

العدد المزدوج: 6-7 يونيو. سنة 1983

- مجلة المحاماة

العدد 26. غشت سنة 1987

- مجموعة قرارات المجلس الأعلى: المادة المدنية

الجزء الأول: 1966-1982

الجزء الثاني: 1983-1991

- مجلة قضاء المجلس الأعلى

العدد 47. يوليوز سنة 1995

- المجلة المغربية للتحكيم التجاري

العدد 2. سنة 2003.

- **مجلة الإشعاع**
العدد 11. سنة 1994

- **مجلة القضاء والقانون**
العدد 139
السنة 26. دجنبر 1989

- **مصطفى إبراهيم وآخرون**
المعجم الوسيط
الجزء الثاني.
الطبعة الرابعة سنة 2004.
مكتبة الشروق الدولية. القاهرة. مصر.

Scanné avec CamScanner

ثانيا – باللغة الفرنسية

- **Christiane Dosse**
  le leasing (Crédit -bail) aux Etats-Unis
  Techniques bancaires. N° : 349. Mars 1976.

- **Christien Gavalda et Jean stoufflet**
  Droit banciare : comptes. Opérations. Services .
  3ème édition. 1979 . Edition litec.

- **Claude champaud : la concession commercial.**
  In, Revue trimestrielle de Droit commercial.
  N° 24 . année 1963.

- **Charles Goyet : le louage et la propriété du crédit –bail et du bail** superficiare. Tome 180.
  Edition 1984. L.G.D.J. Paris

- **Didier R.Martin**
  Droit commercial et Bancaire Marocain
  3ème édition. 2003
  Société d'édition et de diffusion Al Madariss. Casablanca.

- **Denis Mazeaud**
  Le Juge Face Aux Clauses Abusives.
  In, Le Juge Et L'execution Du Contrat . Colloque Ida Aix-En Provence. 28 Mai 1993. Avant Propos De Jacques Mestre. Universite De Droit D'economie Et Des Sciences Politiques D Aix-Marsille . Faculte De Droit Et De Sciences Politiques.

- **Georges Ripert Et René Roblot**
  Traité De Droit Commercial. Sous la direcion de Michel Germain. Tome II : EFFETS de commerce. Banque. Contrats commerciaux. Procédures collectives
  17 ème édition 2004
  L.G.D.J.Paris . France.

Scanné avec CamScanner

- **Georges Ripert. René Roblot**
  Traité de Droit commercial. Tome II
  14 ème Edition. Par : Philippe Delebecque et Michel Germain.
  L.G.D.J .Paris. France.

- **Gilles Paisant**
  Dix Ans D'application De La Réforme Des Articles 1152 Et 1231 Du Code Civil Relative A La Clause Penale (Loi Du 9 Juillet 1975).
  In, Revue Trimestrielle De Droit Civil N°4 Octobre 1985.

- **Jean-Paul clement:**
  les nouvelles données juridiques de la franchise
  la gazette du palais. N° 3. 1991.

- **Jean- Marie le loup**
  Droit et pratique de la franchise
  Collection ce qu'il vous faut savoir.
  1ère Edition. 1983. Delmas et cie. Parid

- **Jean Guenot**
  la franchise commerciale
  Gazette du Palais du 02 Juin 1994. Recueil. 1 er semestre 1994

- **Jean-Paul Razon**
  Les Institutions Judiciaires Et La Procedure Civile au Maroc
  Avec La Collaboration De Mohammed Hassen.
  1 ère Edition.1988
  Presses De L'imprimerie Najah El Jadida. Casablanca

- **Mohammed Azzedine Bensghir**
  L'article 54 Du D.O.C Un Article Inappliqué : Pourquoi .
  In, Revue Marocaine De Droit Et D'economie De Developpement. N°7. 1984. Universite Hassan II. Faculte Des Sciences Juridiques Economiques Et Sociales. Casablanca .

- **Mario Giovanoli**
  Le Crédit-Bail (Leasing) En Europe :Développement Et Nature Juridique
  Edition 1980
  Librairie Technique. Paris.

- **Mimoun charqi**
  Droit Bancaire Marocain
  Edition 2004
  Collection Banque Et Entreprise
  Imprimerie Beni Snassen.Salé.

- **Mechel Vasseur**
  La résponsabilité civile du banquier dispensateur de crédit
  Editon 1978. Paris

Omar Azziman
Droit Civil. Droit Des Obligations. Volume I. Le Contrat. 1995. Edition Le Fennec. Imprimerie Najah El Jadida. Casablanca.

- **Philippe Malaurie. Laurent aynès**
  Droit Civil : Les Contrats Speciaux Par : Philippe Malaurie. Laurent Aynès. Pierre Yves Gauthier
  4ème Edition. 2009
  Editions Point Delta. Defrenois Lextenso Editions. Paris Cedex 02.

- **Roberto Baldi**
  Le Droit de distribution commerciale dans l'Europe communautaire
  Edition 1988. Bruylant. Bruxelle

- **Raybaud Turillo**
  Le modéle comptable patrimonial: les enjeux d'un Droit comptable subtantiel
  Thèse de doctorat. 1993. Université. Nice

Scanné avec CamScanner

- **Roger Houin**
  La distinction des contrats synallagmatiques
  Edition 1937.Paris

- **Tahar Daoudi**
  Réussir à l'export
  3 éme Edition . 2002. Imprimerie Beni znassen. salé

Scanné avec CamScanner

الفهرس

Scanné avec CamScanner

Scanné avec CamScanner

Scanné avec CamScanner

Scanné avec CamScanner



- حاصلة على دكتوراه الدولة في العلوم القانونية
- حاصلة على جائزة جامعة ابن زهر الكبرى للبحث العلمي تخصص العلوم القانونية والاقتصادية والتدبير
- حاصلة على شهادة تقديرية من رابطة قضاة المغرب

سابقا:

- أستاذة القانون الخاص متعاقدة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة [illegible] الجمهورية الإسلامية الموريتانية
- أستاذة القانون الخاص زائرة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية [illegible]
- أستاذة القانون الخاص زائرة [illegible] الوطنية للإدارة العمومية بالرباط
- أستاذة القانون الخاص زائرة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية [illegible] سلا الجديدة
- أستاذة القانون الخاص زائرة بالمدرسة الوطنية [illegible] والتسيير، جامعة ابن زهر أكادير

حاليا:

- أستاذة القانون الخاص رسمية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر أكادير
- مسؤولة عن فريق البحث "قانون الأعمال" بنفس الكلية
- مؤسسة لأول ماستر في القانون بنفس الكلية جامعة ابن زهر تحت عنوان: الماستر المتخصص "المقاولة والقانون" و"قانون الأعمال" حسب التسمية الحالية.

من أبحاث وإصدارات المؤلفة

- مرشد الطالب إلى تقنيات منهجية البحث العلمي:
  قراءة نص قانوني وتحليل معطياته
  التحرير القانوني
  التعليق على حكم القرار القضائي
  نموذج لكيفية كتابة استشارة قانونية
  إنجاز بحث قانوني
- نافذة على أصول التقاضي: دراسة مختصرة على ضوء قانون المسطرة المدنية المغربي
- القانون الدولي الخاص المغربي:
  الجزء الأول: بحث في الجنسية المغربية مع آخر المستجدات بالموازاة مع
  القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية
  القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين
- العقود المسماة في ظل ضوء الالتزامات والعقود [illegible]
  دراسة لعقد البيع وعقود أخرى معززة ب:
  القانون رقم 53.05 حول التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية
  القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز

- التنظيم القضائي للمملكة: دراسة لسماته الأساسية وفق رؤية قانونية منذ فترة ما قبل الحماية إلى غاية الألفية الثالثة
- دراسة تأصيلية وتحليلية لبعض موضوعات التنظيم القضائي للمملكة على ضوء الحركة التشريعية وصولا إلى [illegible]
- التعديلات الكبرى للدستور المغربي الجديد في مجال القضاء وأوجه تجلياتها في إعادة التنظيم القضائي للمملكة: دراسة تحليلية وفق آخر المستجدات:
  الدستور الجديد الصادر في 29 يوليوز 2011
  قوانين جديدة
  [illegible] قوانين
- دراسة في قانون المسطرة المدنية على ضوء التعديلات المدخلة بالقوانين المواكبة لأحداث قضاء القرب:
  القانون رقم 34.10 المغير والمتمم للتنظيم القضائي للمملكة
  القانون رقم 35.10 المغير والمتمم لقانون المسطرة المدنية
  القانون رقم 33.11 القاضي بتعديل فصول من قانون المسطرة المدنية
  القانون رقم 42.10 المتعلق بالتنظيم القضائي للقرب وتحديد اختصاصاته
  القانون رقم 14.12 المتمم بمقتضاه فصلان من قانون المسطرة المدنية
  القانون رقم 09.12 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 42.10 المتعلق بتنظيم قضاء القرب وتحديد اختصاصاته
- التنظيم القضائي للمملكة: دراسة من صميم الإصلاح الأساسي لقضاء المغربي
  تتويج لمجهود المملكة بدستور سنة 2011
  بمنظومة [illegible] القانونية وإصدار قوانين [illegible] أخرى
  عقلنة التنظيم القضائي من خلال إعادة النظر في الخريطة القضائية من الأسفل
  وضع مخطط تشريعي لسنوات 2012-2016 مرجعيته الأساسية تنزيل مقتضيات الدستور.
- الوجيز في العقود التجارية: دراسة على ضوء المقتضيات التشريعية والممارسة العملية
  معززة بنصوص تشريعية وتنظيمية ومشاريع قوانين وأحكام وقرارات قضائية ومزيدة بمستجدات تتعلق ب:
  النظام الأساسي لغرف التجارة والصناعة والخدمات لسنة 2013
  التقرير السنوي الأول للمجلس الاقتصادي والاجتماعي لسنة 2013
  البنوك التشاركية في ظل مشروع القانون البنكي رقم 34.03
- قانون المسطرة المدنية وفق آخر المستجدات
- العقود الخاصة المدنية والتجارية مع آخر المستجدات
- التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة: التنظيم القضائي للمملكة
- التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة: المسطرة المدنية

المؤلفة

دة. نورة غزلان الشنيوي